

THÈSE DE  
PARIS.  
1888  
N<sup>o</sup>. 132.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

---

DROIT ROMAIN  
DE L'INFLUENCE  
SUR LES DROITS RÉELS  
**DE LA PERTE**  
OU DE LA TRANSFORMATION DE LA CHOSE QUI EN EST L'OBJET

---

DROIT FRANÇAIS  
**DES FONDATIONS**  
**THÈSE POUR LE DOCTORAT**

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

*Le vendredi 6 juillet 1888, à 1 heure 1/2*

PAR

HENRI TRUCHY

Avocat à la Cour d'appel

---

*Président : M. BUFNOIR, professeur.*

*Suffragants :* { MM. GÉRARDIN { *Professeurs*  
BEAUREGARD {  
LÉON MICHEL { *Agrégé*

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement

---

PARIS  
IMPRIMERIE DES ÉCOLES  
HENRI JOUVE  
23, Rue Racine, 23  
1888





THÈSE  
POUR  
LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive  
in 2026

[https://archive.org/details/IA41547908\\_0010](https://archive.org/details/IA41547908_0010)



FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

---

DROIT ROMAIN  
DE L'INFLUENCE  
SUR LES DROITS RÉELS  
**DE LA PERTE**  
OU DE LA TRANSFORMATION DE LA CHOSE QUI EN EST L'OBJET

---

DROIT FRANÇAIS  
**DES FONDATIONS**

---

**THÈSE POUR LE DOCTORAT**

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

*Le vendredi 6 juillet 1888, à 1 heure 1/2*

PAR

HENRI TRUCHY

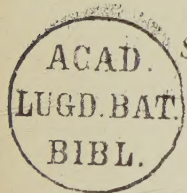
Avocat à la Cour d'appel

---

*Président : M. BUFNOIR, professeur.*

*Suffragants :* { MM. GÉRARDIN } *Professeurs*  
                          { BEAUREGARD }  
                          { LÉON MICHEL } *Agrégé*

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement



---

PARIS  
IMPRIMERIE DES ÉCOLES  
HENRI JOUVE  
23, Rue Racine, 23  
1888

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



# DROIT ROMAIN

---

## DE L'INFLUENCE SUR LES DROITS RÉELS

DE LA PERTE OU DE LA TRANSFORMATION

## DE LA CHOSE QUI EN EST L'OBJET

---

### INTRODUCTION ET PLAN

Une chose vient à périr : il y a là un fait matériel qui a nécessairement des conséquences juridiques, savoir l'extinction des droits réels dont cette chose est l'objet. Que ces droits ne puissent pas subsister, c'est une règle imposée par la force même des choses, et qui se ramène à la simple constatation d'un fait. Mais deux questions peuvent se poser, de nature à recevoir des solutions qui ne soient pas les mêmes dans toutes les législations. D'abord en quelles hypothèses peut-on dire qu'il y a perte de la chose ? La question peut sembler naïve : elle offre

cependant des difficultés. A côté des hypothèses de perte matérielle, comme la destruction d'une maison par le feu, la mort d'un esclave ou d'une bête de somme, où il est bien certain qu'il n'y a pas de contestation possible, il y a des hypothèses où la chose n'est pas matériellement détruite, mais seulement modifiée, altérée dans sa forme, et on a pu se demander si la modification, l'altération subies doivent être considérées comme ayant entraîné la perte de la chose : en de semblables cas on conçoit que l'intervention du législateur soit nécessaire pour trancher toute controverse et fixer la règle qui permettra de dire : il y a ou il n'y a pas perte de la chose, par conséquent extinction des droits dont elle est l'objet.

Cette première question résolue, une autre se pose immédiatement. Le droit qui a péri en même temps que son objet a-t-il absolument disparu ? N'est-il remplacé par aucun autre ? N'y-a-t-il pas des hypothèses où il est plutôt transformé, comme son objet, que définitivement éteint ?

C'est la réponse à ces deux questions qui fera l'objet de cette thèse, et l'ordre même dans lequel je les ai énoncées nous fournira l'ordre à suivre dans le cours de nos recherches. Ce travail comprendra ainsi tout naturellement deux parties. Examen des hypothèses où il y a perte de la chose ; examen de l'influence de cette perte sur les droits réels dont cette chose était l'objet.

---

## PREMIÈRE PARTIE

### DES CAS OU IL Y A PERTE DE LA CHOSE

---

#### SECTION I

##### *Classement des hypothèses de perte de la chose.*

Les hypothèses de perte de la chose peuvent être rangées en plusieurs catégories. Le cas normal de perte est celui où la chose cesse d'avoir son individualité primitive. A côté, il faut mentionner tous les cas où la chose, qui ne subit aucune destruction ou altération matérielle, n'est cependant plus susceptible d'être l'objet des droits qui la grevaient : tel l'esclave affranchi, tel encore, le domaine consacré aux dieux, telles les pierres d'un tombeau devenues *res religiosæ* : il y a dans ces cas mise hors du commerce.

Voilà deux catégories bien distinctes, la première comprenant tous les cas où la chose a subi une transformation extérieure quelconque, où il s'est produit un fait naturel, matériel, dont la loi tire les conséquences ; la seconde, tous ceux où la chose demeurant au même état matériel qu'auparavant cesse cependant d'être l'objet des droits qui la grevaient, soit que de chose proprement dite,



elle soit devenue personne, soit que, restée chose, elle soit sortie du domaine des relations juridiques,

A ces deux catégories on pourrait en joindre une troisième, ou plutôt on pourrait fractionner la première en deux : des cas où la chose perd son individualité matériellement on distinguerait ceux où elle la perd juridiquement. Un navire sombre, une maison s'écroule, un cheval meurt, des denrées alimentaires sont consommées : c'est l'individualité matérielle qui a disparu. Des pierres sont incorporées à un édifice, des planches à un navire, une roue à une voiture ; les pierres, les planches, la roue ont bien subi une transformation extérieure, elles n'existent plus à titre d'objets distincts, indépendants, mais enfin elles continuent d'exister, elles n'ont pas été modifiées dans leur constitution interne : c'est seulement leur individualité juridique qui a disparu. Je ne m'attacherai pas à cette distinction : outre qu'elle n'offre aucun intérêt pratique, il ne serait pas toujours aisé de la faire avec toute la netteté désirable : par exemple, j'ai taillé un bloc de marbre qui sous mon ciseau est devenu dieu, table ou cuvette. Le bloc comme tel n'existe plus ; mais a-t-il perdu son individualité matériellement ou seulement au point de vue juridique ?

Je m'en tiendrai donc à la division entre les hypothèses où la chose perd son individualité, de quelque manière que ce soit, et celles où, demeurant en son état matériel extérieur, elle n'est réputée périr que par l'application de certaines théories juridiques.

De cette dernière catégorie d'hypothèses je ne ferai mention que pour mémoire : elle conduit à l'examen de

trois théories, celle de l'affranchissement, celle de la mise hors de commerce *des res sacræ* ou *des res religiosæ*, celle du *post liminium* qui s'applique et aux choses prises sur l'ennemi et aux animaux sauvages. Ce sont des théories toutes spéciales qui demanderaient à être étudiées séparément, je ne me préoccuperai donc que des cas où la perte provient d'une altération matérielle de la chose.

## SECTION II

*Détermination des cas où le changement dans l'état matériel de la chose constitue la perte de cette chose.*

La perte peut consister tout d'abord dans la destruction proprement dite de la chose, destruction au sens vulgaire et normal du mot. Elle est en ce cas tantôt partielle, tantôt intégrale. Il est d'évidence que la perte totale entraîne extinction complète de tous droits réels. La perte partielle au contraire les laisse en principe subsister sur ce qui demeure de la chose : les débris reconnaissables de la chose qui a péri continuent d'appartenir au propriétaire (1).

J'ai dit : en principe, car, ce qui est vrai de la propriété, ne l'est pas de tous les droits réels. L'usufruit s'éteint par tout événement qui détruit la chose, et cela d'une manière si absolue qu'il ne porte même pas sur les restes

1. Dig. Loi 49 par. 1 VI. I.

de la chose, sur les décombres de la maison, par exemple, ou sur les cuirs des animaux morts (1).

Ce n'est pas seulement à ce point de vue que l'usufruit est traité avec moins de faveur que la propriété. J'aurai un peu plus tard l'occasion de mentionner que la *mutatio rei* s'entend pour l'usufruit d'une manière bien plus large que pour le droit de propriété : ce qui revient à dire qu'il périt bien plus facilement. L'usufruit était à Rome un droit fragile, qui fut toujours vu avec défaveur, et autour duquel on multipliait les règles juridiques destinées à en rendre l'extinction plus fréquente et plus complète.

Dans tous les cas où il y a destruction matérielle de la chose, où celle-ci est désormais anéantie, sans valeur et sans utilité appréciable, l'extinction des droits est la conséquence nécessaire du fait survenu. On ne conçoit pas un droit de propriété, d'usufruit, d'hypothèque, portant sur un esclave qui a été tué. Il en est de même en des cas, à d'autres points de vue bien différents, où il n'y a pas destruction proprement dite de la chose, mais où elle a cessé de constituer une *res certa*, un objet distinct, reconnaissable, indépendant, où son individualité est absorbée et confondue dans une autre, cela de telle sorte qu'elle ne puisse être ramenée à son état primitif. Par exemple, votre vin et le mien ont été mêlés dans la même amphore : mon droit de propriété est par la force même des choses éteint, car la propriété ne peut avoir pour objet qu'un corps certain et déterminé : dès qu'elle porte, non plus sur une part divisée, mais sur une fraction indivise, abstraite de l'objet, elle

1. Dig. Loi 5 par. 2, loi 30, VII, 4.



devient co-propriété. Il est éteint définitivement, puisque même après le partage du mélange formé par votre vin et le mien, ce n'est pas de mon ancienne chose que je serai propriétaire: je serai propriétaire d'une quantité équivalente à celle qui a été versée dans l'amphore commune, je ne souffrirai aucun préjudice, mais enfin je serai pas rentré en possession de mon vin même, ce qui m'aura été attribué, c'est un objet nouveau, une portion du mélange. Je suis irrévocablement privé de mon droit antérieur : le législateur ne peut rien changer à ce résultat, qui est la conséquence du fait intervenu.

Tout au contraire, il y a des cas où la chose perd bien son individualité ou sa forme primitive, mais cela dans des conditions telles que l'extinction des droits réels n'apparaît plus comme une conséquence nécessaire de la modification subie : il fallait un supplément, un parti pris de de la loi, un acte d'autorité du législateur déclarant qu'il y avait perte de la chose. C'étaient, par exemple, des matériaux incorporés à une construction : leur individualité juridique est perdue, mais elle ne l'est pas irrévocablement, sans retour : la démolition de l'édifice et la séparation des matériaux sont possibles : un fait matériel pourra donc faire revivre le droit qu'un fait matériel a, je ne puis pas dire éteint, mais seulement voilé, dérobé pour un temps à la vie juridique active. On conçoit parfaitement que, propriétaire de matériaux, je ne perde pas mon droit par suite de leur incorporation à l'édifice, et que je puisse exiger la démolition des constructions afin de recouvrer la libre disposition, l'entier usage de ma chose. Si je ne le puis pas, et en droit romain la démolition ne

pouvait pas en effet être exigée, c'est que j'en suis empêché par une intervention impérative du législateur. — Autre exemple : Ma chose n'a pas été incorporée à une autre, mais sous l'action du travail humain elle a changé d'aspect extérieur ou a été modifiée dans sa constitution intime : mon lingot d'argent a été coulé en statuette, la toison de mes moutons a été tissée. Ici encore on voit sans peine la controverse possible sur la continuation de mon droit de propriété; faut-il considérer qu'il s'étend de la matière première à l'objet fabriqué? Doit-il, au contraire, céder la place au droit de celui qui a donné à la matière sa forme nouvelle? Le législateur doit choisir entre les deux droits : c'est lui qui décidera s'il y a ou non perte de la chose primitive.

Voilà toute une série d'hypothèses où le fait matériel ne suffit pas à expliquer l'extinction des droits réels : les effets doivent en être complétés par ceux d'un principe juridique qui, pour des raisons diverses d'utilité privée ou publique, ne permet pas d'accorder à ces droits une vitalité trop persistante. Ce sont ces hypothèses que je vais passer en revue.

1° La première est celle dont le règlement légal se traduit en droit Romain par deux formules célèbres : « *superficies solo cedit* » . « *plantæ quæ terra coalescunt solo cedunt* » (1). Elle embrasse d'une part je ne dis pas seulement toutes les constructions élevées sur le sol, mais tous les travaux qui ont pour objet d'élever quelque chose sur le sol, comme le fait de ficher en terre des échelas pour les

1. Gaïus, Inst. II, par. 73 *Justitiani* Inst. II, 1. par. 32

vignes, d'autre part les plantations qui font corps avec le sol et y développent leurs racines. Supposons que les pierres, les échalas, les arbres placés sur un terrain appartiennent à un autre que le propriétaire du terrain. Il n'est point de nécessité physique, matérielle, que les droits, qui portaient sur ces objets soient éteints. Ils le sont cependant, le propriétaire du terrain devient propriétaire des objets,

Pourquoi cela ? C'est une vieille règle en droit romain, elle remonte à la loi des Douze-Tables (1), que le droit de demander la démolition d'un édifice, propriété d'un tiers, ne peut pas être accordé au propriétaire des matériaux : la chose est perdue pour lui. On en peut aisément trouver les raisons. La première est le désir d'éviter des travaux de démolition qui ne sont rien moins que favorables à l'aspect de la ville. C'est là un sentiment qui se manifeste avec persistance dans les textes : mainte décision fait foi de l'hostilité du législateur romain aux démolitions. Interdiction de toute destruction qui serait entreprise dans un but de spéculation (2). L'acheteur qui n'a fait marché que dans ce but est frappé d'une amende égale au double du prix. Défense au propriétaire de léguer isolément les matériaux de sa maison (3). Dans toutes ces décisions apparaît la crainte « *ne ruinis urbs deformetur* » (4). A cette crainte correspond naturellement le

1. Dig., loi I, *princip.* XLVII, 3.

2. Loi 52, XVIII, 1.

3. Loi 41, XXX.

4. Loi 7, XLIII, 8.



désir de favoriser la réfection des édifices ; de là toute une nouvelle série de mesures. Les présidents de province sont tenus de veiller à ce que les maisons soient réparées, et de punir les récalcitrants (1). Le capitaliste qui consent un prêt au propriétaire incapable de reconstruire, faute d'argent, aura pour le recouvrement de ses avances, non seulement un *privilegium*, mais une hypothèque tacite sur la maison reconstruite. La donation entre époux est exceptionnellement permise quand elle a pour but de permettre au donataire la réfection de sa maison (2).

On ne peut pas s'étonner qu'une législation si favorable à ce qui était de nature à développer l'essor des constructions, si hostile à ce qui pouvait l'entraver, déclare éteint le droit du propriétaire sur les matériaux qui ont servi à bâtir la maison. Il y a d'ailleurs à cette décision un autre motif d'une portée plus générale que la pensée de contribuer à l'embellissement de la ville. La mise en œuvre des matériaux et leur transformation en édifice a créé une valeur souvent considérable, et ce serait l'anéantir en partie que de permettre au propriétaire, en les revendiquant, de les ramener à leur état primitif de simples matériaux. On sacrifierait, à l'idée abstraite du respect absolu de la propriété, une utilité pratique et une richesse acquise qui méritent la bienveillance du législateur. C'est un motif analogue qui explique l'extension aux travaux autres que les constructions de la règle applicable à celles-ci. Le cultivateur qui a pris

1. Loi 7, I, 18. Dig.

2. Voir le développement de cette idée au cours de Pandectes de M. Gérardin, année 1885-86.

les échelas d'autrui pour soutenir ses vignes ne peut pas être forcé de les enlever, et il est clair que ce n'est point le souci de la grâce du coup d'œil qui a déterminé le législateur, c'est le souci plus sérieux d'épargner à la culture commencée un dommage devant la crainte duquel on fait fléchir le droit de propriété (1-2).

Quant à la règle qui écarte la revendication de l'arbre qui a pris racine sur le sol d'autrui, elle ne peut guère trouver son explication dans des raisons du même genre : l'arbre peut être transplanté sans qu'aucun dommage en résulte. Il en faut chercher le motif dans les notions botaniques des Romains sur la nutrition des plantes : pour les Romains les végétaux ne se nourrissaient que de substances empruntées à la terre par l'intermédiaire de leurs racines, de sorte que c'est au propriétaire du sol où se développent les racines qu'ils attribuent toujours la propriété de la plante (3). Ce principe reçoit là son application : aussi bien il ne la reçut pas toujours. On ne donna jamais au propriétaire de l'arbre la revendication directe, mais on la lui accorda sous forme d'action utile (4).

1. Dig., loi 1, princip., XLVII, 3.

2. J'ai dit que le propriétaire des matériaux ne pouvait pas exiger la démolition de l'ouvrage : cela ne veut pas dire qu'il n'aura jamais l'action en revendication, ou l'*actio ad exhibendum*, qui en tient lieu. Il les exercera en effet contre le constructeur de mauvaise foi, mais à titre purement pénal et sans qu'elles aboutissent à la restitution des matériaux en nature. Je reviendrai plus loin sur ce point.

3. Inst. II, 1, par. 31. — Digeste, loi 7, par. 13 et loi 8, XLI, 1.

4. Dig., loi 5, par. 3, VI, 1.

II. — Incorporation d'un meuble à un immeuble, voilà une première série d'hypothèses où nous venons de constater l'intervention du législateur prononçant la perte de la chose et la déchéance des droits réels. Il peut y avoir aussi union d'un meuble à un autre meuble. Deux lingots d'argents sont fondus en un seul bloc, deux tas de blé se mêlent, un vêtement est trempé dans un bain de pourpre, et la pourpre qui appartient à Primus se trouve incorporée à l'étoffe qui appartient à Secundus. Ce sont là des hypothèses que les jurisconsultes ont distinguées, et qui doivent l'être, la confusion, le mélange, l'adjonction, mais qui offrent ce caractère commun de réunir deux objets mobiliers. L'intervention du législateur va-t-elle se manifester ici par une règle analogue à celle que nous venons d'examiner? Elle aboutit à des décisions beaucoup moins simples. *A priori*, deux objets mobiliers se trouvant joints l'un à l'autre, trois solutions sont possibles sur le point de savoir quelle est l'influence de ce fait sur les droits du propriétaire de chaque objet. Ou bien chaque propriétaire conserve son droit; ou bien chacun échange son droit de propriété contre un droit de co-propriété; ou bien un seul devient propriétaire exclusif de l'objet formé par la réunion des deux choses, et l'autre est réduit à une indemnité. Ces trois solutions s'appliquent distributivement en nos trois hypothèses. Y a-t-il eu mélange de deux tas de blé? Chaque propriétaire garde son droit intact et revendique ce qui lui appartient (1). Y a-t-il eu confusion de deux lingots d'argent? La propriété

1. Inst. II, I, par. 28.

devient co-propriété (1). Enfin votre pourpre a-t-elle été incorporée à mon vêtement? Je deviens propriétaire du tout, et vous ne pourrez que me demander une indemnité (2).

Pourquoi cette variété de décisions, qui fait contraste avec la simplicité de la règle applicable à l'incorporation d'un meuble à un immeuble? C'est que les circonstances de fait sont aussi beaucoup plus variées. Ce qui justifie la règle « *superficies solo cedit* », c'est que le sol peut toujours être considéré comme le principal et les travaux accomplis comme l'accessoire, et c'est un axiome juridique que l'accessoire suit le principal : propriétaire du sol, ma chose « *per prævalentiam alienam rem trahit* » suivant l'expression de Paul (3). En notre matière on trouvera moins aisément une chose principale et une chose accessoire. Il y a eu mélange de deux tas de blé ou fusion de 2 lingots en un seul : si les deux tas ou les deux lingots étaient d'égale grosseur et qualité, il est évident qu'il n'y aura ni principal ni accessoire. Mais de plus, un des tas fût-il de moitié inférieur à l'autre, un des lingots pesât-il six onces alors que l'autre en pèse douze, fussent-ils de métaux différents (4) et de très inégale valeur, les Romains cepen-

1. Loi 5, Digeste VI, 1.

2. Loi 3, p. 2. *eodem*.

3. Dig., 23 par. 4, VI. 1.

4. Toutefois lorsque les 2 lingots ne sont pas du même métal, il faut prendre garde que leur fusion peut former un objet nouveau ayant son nom et sa destination propre : nous sommes alors dans le cas de spécification, il n'y a plus co-propriété en tous cas, mais propriété exclusive ou co-propriété suivant des distinctions que nous verrons plus tard.



dant n'ont pas considéré qu'il y eût là matière à distinguer l'accessoire et le principal, et lieu d'absorber dans le droit du propriétaire de l'objet le plus volumineux ou le plus précieux le droit de l'autre propriétaire (1).

Il y a pourtant des hypothèses où, de deux meubles, l'un est considéré comme principal : je veux parler des hypothèses d'adjonction. Mon vase ayant perdu son anse, ma voiture sa roue, je prends la roue ou l'anse du voisin (2). Il était impossible ici de ne pas faire la distinction du principal et de l'accessoire, le vase ou la voiture sont évidemment chose principale par rapport à l'anse ou à la roue, qui n'y entrent que comme éléments intégrants. Aussi dans les hypothèses d'adjonction pourra-t-on appliquer la même règle que dans celles d'incorporation d'immeuble à un immeuble : le propriétaire de la chose principale pourra devenir propriétaire de la chose accessoire.

Qu'il n'y ait pas toujours distinction du principal et de l'accessoire (3), voilà donc une première différence des hypothèses de réunion de deux meubles à celles de réunion d'un meuble à un immeuble. Il y en a une seconde, c'est qu'il peut y avoir réunion de deux objets mobiliers sans qu'il y ait incorporation de l'un à l'autre, réunion par simple juxtaposition, sans qu'ils s'absorbent et se pénètrent mutuel-

1. Pellat, *propriété et usufruit*, sur la loi 23, VI, I.

2. Digeste, loi 7 par. 1 et 2, X, 4.

3. En Droit français, cette distinction est bien plus fréquemment faite. « Si de 2 choses unies pour former un tout, dit l'article 569, l'une ne peut pas être regardée comme l'accessoire de l'autre, celle-là est réputée principale qui est la plus considérable en valeur, ou en volume si les deux valeurs sont à peu près égales ».

lement : hypothèse que nous n'avons pas rencontrée lorsqu'il s'agit de la réunion d'un meuble à un immeuble. En ce cas aucune des deux choses ne perd son individualité : il n'y a pas perte juridique, chaque propriétaire garde son droit et peut revendiquer. C'est ce qui a lieu quand deux troupeaux sont mêlés, ou que deux tas de blé ont été réunis en un seul (1). « *Non videtur commune esse (frumentum)* » nous dit Justinien « *quia singula corpora in sua substantia durant* (2) ». Chaque grain de blé, conservant son individualité propre, continue d'appartenir au propriétaire comme ferait chaque bête du troupeau.

En résumé la réunion des deux objets mobiliers peut se présenter sous trois aspects différents. Il y a eu simple juxtaposition de deux corps, et alors nous ne sommes ja-

1. Au point de vue rationnel la différence que font les Institutes entre les cas de mélange de 2 tas de blé et ceux de mélange de deux liquides (II, I, § 27-28) ne me paraît pas justifiée. Pourquoi propriété intacte dans la première espèce, co-propriété dans la seconde? Dans un cas comme dans l'autre le partage qui sera fait ne pourra pas remettre les choses en leur premier état : on pourra bien faire deux nouveaux tas de blé équivalents aux anciens, mais enfin ce ne seront plus les mêmes, pas plus que le vin rendu à chaque propriétaire ne sera exactement le même qu'il avait auparavant. Le vin qui me sera attribué après partage du mélange formé dans l'amphore ne sera pas composé des mêmes molécules liquides que celui dont j'étais propriétaire ; de même le tas de blé que j'obtiendrai par la revendication ne sera pas composé des mêmes grains que le premier. La situation est identique dans les 2 cas. Mais la distinction est nettement faite par les textes, et il faut bien parler le langage des jurisconsultes romains.

2. Inst. II, 1, § 28.

mais en face d'un cas de perte de la chose : aucune modification ne se produit dans les droits des propriétaires.

Il y a eu union plus intime, les deux choses se sont réciproquement pénétrées; elles sont incorporées l'une à l'autre, mais il n'y en avait pas une qui pût être regardée comme principale par rapport à l'autre : alors le respect dû à la propriété ne saurait empêcher une altération des droits antérieurs, ici chaque chose a perdu son individualité, son indépendance, son existence propre et distincte : le propriétaire de l'un des lingots d'argent confondus ne peut pas dire, en désignant telle ou telle partie de la masse formée par confusion : « ceci est à moi » ; la propriété se change en copropriété (1). Dans cette hypothèse il y a bien perte juridique de la chose et extinction du droit antérieur ; mais l'atteinte portée à ce droit est maintenue dans les plus étroites limites, puisque dans l'indivision le droit de propriété ne disparaît pas, il ne fait que changer d'assiette.

Il se peut enfin qu'au fait de l'incorporation se joigne cette circonstance qu'il y a une chose principale et une chose accessoire. Au lieu de la transformation des deux droits de propriété en copropriété, nous trouvons alors un seul des droits éteint : celui du propriétaire de la chose accessoire (2). L'autre subsiste, agrandi dans son objet et portant sur la chose accessoire comme sur la principale. C'est par exemple le propriétaire du vêtement qui devient propriétaire de la pourpre dont l'étoffe s'est imprégnée. La chose accessoire seule est réputée perdue.

1. Dig., loi 3, § 2, VI, 1.

2. Loi 23, § 5, VI, 1.

J'ai pris comme exemple de la première situation un cas de mélange, comme exemple de la seconde un cas de confusion, de la troisième, un cas d'adjonction. Il n'en faudrait pas conclure que la solution à donner, sur la question de savoir s'il y a ou non perte de la chose et extinction des droits antérieurs, dépend de la façon dont est qualifiée l'opération. Il est vrai que toutes les fois qu'il y aura mélange proprement dit, c'est-à-dire qu'on sera en présence d'une espèce semblable à celles dont parle le paragraphe 28 des Institutes, *de divisione rerum*, les droits de chaque propriétaire subsisteront : il n'y aura jamais perte de la chose. Mais il n'est pas vrai que dans tous les cas qu'on range sous la dénomination de confusion, et qui consistent dans le mélange de deux corps liquides ou liquéfiés, il y ait naissance de la copropriété remplaçant la propriété exclusive. Et quant aux hypothèses d'adjonction il est facile de montrer que dans bien des cas la perte de la chose accessoire n'est qu'apparente.

Si la confusion de deux corps liquides ou liquéfiés fait naître le plus souvent l'indivision, c'est que le plus souvent l'union est indissoluble, non pas en ce sens qu'on ne pourrait pas partager en deux parties le composé ainsi formé, mais en celui-ci que les deux corps issus du partage qui sera fait entre les co-propriétaires ne seront pas dans leur identique individualité ceux qui existaient avant la confusion. Que votre lingot d'argent et le mien aient été fondus ensemble, on pourra bien nous attribuer à chacun la fraction de métal qui nous revient, appréciation faite de la valeur et de la quantité de métal que nous possédions, mais le lingot d'argent qui



me sera remis ne sera pas le même que celui qui a été fondu. Et c'est parce qu'une séparation ne peut pas ramener les choses à leur état antérieur que la propriété est transformée en co-propriété. Aussi, toutes les fois que la séparation sera possible et susceptible de restituer chacun des corps confondus dans sa primitive identité, le droit de propriété restera intact. Ulpien le dit formellement dans un texte où nous apprenons, en même temps que le principe ci-dessus énoncé, ce fait que les Romains ne connaissent aucun procédé pour séparer l'or du cuivre. « Si, nous dit-il, un lingot de plomb a été fondu avec un lingot d'argent, comme la séparation est possible, il n'y aura pas indivision ni action *communi dividendo*; on agira en revendication (1). » Que si la séparation n'est pas possible, comme au cas de confusion d'un lingot de cuivre avec un lingot d'or, Ulpien reconnaît qu'il y a indivision. Donc, union indissoluble, co-propriété, séparation possible, chacun garde sa propriété. Il faut seulement observer que dans ce cas la revendication ne peut pas être intentée pour ainsi dire de but-en-blanc, sans préparation. Il faut au préalable que celui qui ne possède pas agisse contre l'autre *ad exhibendum* pour se faire représenter le métal qui lui appartient. C'est qu'en effet on ne peut revendiquer que des choses distinctes et indépendantes (2). Dans l'action *ad exhibendum*, le juge ordonnera au défendeur de représenter le métal qui doit faire ensuite l'objet de la revendication; si le défendeur n'o-

1. Dig., 5, par. 1, VI, I.

2. Pellat, *op. cit.*, sur la loi précitée.

béit pas, il sera condamné à payer l'estimation que le demandeur fera sous la foi du serment, de sorte que celui-ci obtiendra la même indemnité que lui procurerait l'exercice de l'action en revendication.

Ce que je viens de dire du cas de confusion s'applique exactement au cas d'adjonction. Là aussi il n'est en réalité vrai de proclamer la perte juridique de la chose accessoire que si l'union est indissoluble : alors seulement le propriétaire est réduit à une action *in factum* pour se faire indemniser (1). Mais si la séparation est possible, et elle le sera dans beaucoup de cas, le droit de propriété n'est pas perdu. Sans doute le propriétaire ne pourra pas immédiatement revendiquer, je viens de dire pourquoi à propos de la précédente hypothèse, mais il agira *ad exhibendum* afin d'obtenir la séparation des deux objets et une fois la chose dégagée du contact de celle qui l'absorbe et lui enlève son individualité, il triomphera dans la revendication (2). Voici deux exemples qui vont mettre en lumière le contraste des deux situations possibles. Vous avez une statue en bronze à laquelle manque un bras : vous prenez dans mon atelier un bras du même métal, et le soudez à votre statue en interposant, au point de jonction, un métal étranger, du plomb par exemple. Je pourrai agir *ad exhibendum*, puis en revendication, parce que le bras soudé à la statue peut reconquérir, par l'enlèvement du métal interposé, son individualité (3). Vous avez trempé votre vêtement dans un bain de pourpre qui m'appartenait ; ma pourpre est indissoluble-

1, 2, 3. Dig. loi 5, par. 4, VI, 1, et *commentaire de Pellat* sur ce paragraphe.

ment unie à l'étoffe, elle a perdu pour toujours son individualité juridique. Vous serez propriétaire du seul objet qui existe désormais, un vêtement orné de pourpre, et je ne pourrai obtenir de vous qu'une indemnité (1).

Pour en finir, je crois qu'on peut poser ainsi les principes du droit romain sur les différentes hypothèses de réunion de deux corps mobiliers. A Rome comme chez nous la règle est que nul ne peut être privé de son droit de propriété sans son consentement. Il n'y a en notre matière d'exception à cette règle que pour les cas où l'essence même du droit de propriété fait obstacle à ce qu'il demeure intact. Toutes les fois qu'on pourra considérer les deux choses unies comme gardant chacune son individualité, « *cum singula corpora in substantia sua durant* », pour employer l'expression des Institutes, maintien des deux droits de propriété. (2). Toutes les fois que l'union

1. Parmi les cas où la séparation est impossible, la loi 5 précitée range le cas de *ferruminatio* ; cependant en ce cas la séparation n'est pas matériellement impossible ; on a probablement considéré qu'elle ne pourrait pas se faire sans détérioration.

2. De tout ce qui précède il ressort que je ne compte pas au nombre des cas de perte de la chose ceux où le propriétaire peut la revendiquer sous la condition d'avoir au préalable agi *ad exhibendum*. J'y suis autorisé par ces lignes tirées de « *L'Esprit du droit romain* ». — « La distinction de l'action *ad exhibendum* et de la revendication est plus théorique que pratique. Toutes deux sont dirigées contre le détenteur comme tel, toutes deux ont le même fondement, mais la dernière exigeait comme condition l'existence indépendante de la chose vindiquée. C'est le seul motif qu'on puisse assigner à la séparation de ces deux actions » (T. IV, page 45).

sera indissoluble il faudra bien reconnaître qu'il y a perte de la chose, mais on s'efforcera de porter la moindre atteinte possible au droit de propriété. Il y aura indivision toutes les fois que la nature des choses ne contraindra pas à distinguer un objet principal et un objet accessoire et à admettre l'absorption du second par le premier. Il n'y aura propriété exclusive de l'un et attribution à l'autre d'une simple indemnité que si la distinction du principal et de l'accessoire est matériellement évidente, comme au cas d'adjonction.

Il y a cependant une hypothèse toute semblable en apparence à celle du mélange de deux tas de blé, où par conséquent ne se rencontrent ni l'union indissoluble, ni la distinction du principal et de l'accessoire, et où cependant l'un des droits de propriété fait place à un simple droit de créance. C'est le cas du mélange des monnaies. Je vous ai payé avec l'argent d'autrui : tant que cet argent n'est pas dans votre caisse et confondu avec vos propres deniers, le propriétaire peut le revendiquer ; mais dès que le mélange est fait, vous êtes propriétaire (1). C'est que la monnaie n'est pas un meuble comme un autre, les espèces monnayées se résolvent en valeurs, en créances. Il n'est même pas exact de dire que vous devenez propriétaire des deniers mélangés aux vôtres : il n'y a plus de propriété, n'y ayant plus de *res certa* : il faut dire seulement que l'action en revendication s'éteint contre vous.

III. — J'arrive maintenant à des hypothèses dont la ca-

1. Dig., loi 78, XLVI. 3.



ractéristique n'est pas la réunion de deux choses en une seule, bien qu'elles se produisent quelque fois sous cet aspect, mais la transformation d'une chose considérée comme matière première en une chose différente par le nom, par l'apparence extérieure, par la destination. Je veux parler des hypothèses de spécification. Un lingot de métal est transformé en statue ou en vase, du vin et du miel en ænomet (1), voilà les exemples donnés par les Institutes. Supposons que la matière première appartienne à un autre que le spécificateur. La question se pose de savoir s'il y a ou non perte de la chose ainsi travaillée. On sait la controverse qui s'éleva sur ce point entre les deux grandes écoles de jurisconsultes, Sabinien et Proculien. Pour les Sabinien il n'y a point perte de la chose. Elle survit à la transformation, c'est le propriétaire de la matière première qui restera propriétaire de l'objet fabriqué.

Pour les Proculien, appuyés sur le principe philosophique que toute destruction n'est jamais qu'une transformation, la chose qui a changé d'aspect, d'utilité, de nom, a changé tout entière, et n'est plus elle-même : l'ancienne individualité a disparu, une nouvelle a surgi ; et la chose nouvelle, qui ne se trouve dans aucun patrimoine, devient par droit d'occupation la propriété de son créateur. Il y a bien perte d'un objet et des droits dont il était grevé (2).

Je viens de présenter la controverse comme se ramenant à savoir s'il y a perte de la chose transformée. Il est

1. Inst., II, 4, § 25.

2. Gaius, Inst., II, 79.

peut être plus exact de reconnaître que les jurisconsultes de l'une et l'autre école considéraient que la chose avait péri. Dans les deux opinions il y aurait perte de la chose et les termes de la question seraient les suivants : étant donné que la matière première n'existe plus, qu'une chose nouvelle est née, à qui appartient cette chose nouvelle? Des deux éléments qui ont contribué à la former, la matière et le travail, lequel est prépondérant? Si c'est la matière, le propriétaire antérieur conserve son droit, et pour lui la situation sera la même que s'il n'y avait pas eu perte de la chose. Si c'est le travail, son droit disparaît. Ce point de vue me semble correspondre au langage des textes. La raison que les Sabinienens donnaient de leur décision n'était pas en effet que la chose première existait encore, mais bien que sans elle il eût été impossible de faire le nouvel objet « *quia sine materia nulla species effici possit* (1). » Sabinus déclare expressément qu'il faut considérer comme détruite la matière qui a changé de forme (2) « *res abesse videntur etiam hæc, quarum corpora manent, forma mutata est*.

Mais, dira-t-on, où est l'intérêt de la question? Puisque le résultat pratique est le même, dans le système Sabinien, qu'on regarde la chose comme perdue ou comme subsistant malgré sa transformation, la distinction est purement théorique. Au point de vue du droit de propriété cela en effet importe peu, mais beaucoup au point de vue des droits réels autres que la propriété. Si la doctrine sabinienne prend pour

1. Dig., loi 7, par. 7, XLl. 1.

2. Loi 13, par. 1, L. 16.

base l'idée de perte de la matière première et de création d'une chose nouvelle, chose qui appartiendrait au propriétaire de la matière parce que celle-ci est l'élément principal dans la formation de l'objet, le droit de propriété subsistera, ou plutôt il y aura un nouveau droit de propriété, un droit rajeuni, fondé sur une sorte d'occupation de la *res nullius*, mais les droits d'usufruit et d'hypothèque auront disparu avec la matière sur laquelle ils portaient. C'est en effet ce qui se passe. Cassius écrit, nous dit Ulpien (1), que si l'usufruit d'un lingot a été légué, la transformation du lingot en vase fait disparaître l'usufruit, et cette décision, ajoute-t-il, est exacte. De même Cassius professait que l'hypothèque qui grevait la matière première ne grève pas l'objet nouveau; aussi le navire ne sera pas hypothéqué, qu'on a construit avec des planches et des madriers qui l'étaient, parce qu'autre chose est le bois matière première, autre chose le navire (2). C'est un Sabinien qui donne ces décisions.

Entre les deux systèmes extrêmes naquit une doctrine de juste milieu, fondée sur la distinction suivante. La chose transformée peut-elle être ramenée à son état antérieur? est-ce par exemple un vase qui peut redevenir lingot d'or, d'argent ou de cuivre? Alors c'est au propriétaire de la matière première qu'elle sera attribuée. La transformation n'est-elle au contraire, irrévocable, comme est par exemple celle du vin et du miel en oenomei, ou celle

1. Dig. loi 10, par. 5, VII, 4.

2. Loi 16, par. 3. XIII, 7.

de la laine en tissu? c'est à celui dont le travail a fait la transformation que l'objet nouveau appartient (1).

L'idée mère de cette distinction, expression définitive de la doctrine romaine, semble bien être que la chose ne perd pas toujours son individualité, et par conséquent qu'il n'y a pas toujours perte de la chose. On ne considère la chose comme détruite que s'il y a impossibilité d'un retour à sa forme primitive. Tel est bien le langage des textes précités (2). Il n'en faudrait pas d'ailleurs tirer cette conséquence que les droits réels, l'hypothèque par exemple, qui grevaient la matière première continuent à la grever sous sa forme nouvelle quand elle peut être ramenée à son premier état : les décisions précitées de Cassius restent sur ce point l'expression du principe.

Donc perte de la chose seulement au cas d'abandon définitif de la première forme. Encore cela est-il bien exact en tous les cas? et la mauvaise foi du spécificateur ne le prive-t-elle pas du bénéfice de l'attribution de propriété faite en sa faveur? On a cru en trouver la preuve dans quelques textes dont je vais présenter brièvement l'analyse. Un vêtement a été tissé avec de la laine qui était le produit d'un vol : voilà une hypothèse où la matière première a subi une transformation qui rend impossible le retour à son état primitif, il devait y avoir perte de la chose et du droit de propriété antérieure, naissance d'un droit nouveau, celui du spécificateur. Il n'en est rien, le vêtement sera considéré comme *res furtiva*, le propriétaire de la laine pourra donc le revendiquer, le spécifica-

1. Inst. II, 2, par. 25. Dig. loi 7 par 7, loi 24-26, XLI, 1.

2. Voyez surtout lois 24 et 26 précitées, fragments de Paul.



leur de mauvaise foi n'a pas acquis la propriété (1). Décision analogue pour le cas où des raisins volés ont servi à faire du vin : « *et mustum et vinacia jure condici possunt* (2) ». Les deux textes précités prévoient un vol et on pourrait soutenir qu'il ne faut pas raisonner par analogie du vol à la simple mauvaise foi ; le vol est traité avec une sévérité toute spéciale qui fausse souvent le jeu des principes. Mais en voici un où il n'est question que de simple mauvaise foi, et qui fait cependant prévaloir le droit du propriétaire antérieur sur celui du spécificateur. Vous avez tiré du vin de mes raisins, de l'huile de mes olives, fait un vêtement avec ma laine, sachant que la matière ne vous appartenait pas : j'aurai contre vous l'*actio ad exhibendum*, préliminaire de la revendication (3). Ce texte a été commenté par Cujas (4), et par Noodt (5), qui s'accordent à y reconnaître une exception aux principes, basée sur la mauvaise foi du spécificateur : le spécificateur de mauvaise foi dit Noodt, est présumé avoir opéré au nom d'autrui, et il ne peut pas alléguer le contraire, car ce serait invoquer « *propriam turpitudinem*. »

A ces trois textes on oppose un passage de Gaius, où il est dit que le propriétaire de la matière volée peut agir contre le spécificateur par la *condictio furtiva* et l'*actio furti* ; car, ajoute ce jurisconsulte, si on ne peut pas re-

1. Dig., loi 4, par. 20, LXI, 3.

2. Loi 14, par. 3, XIII, 1.

3. Loi 12, par. 3, X, 4.

4. *Pauli ad edictum*, V, page 378.

5. Tome II, page 193.

vendiquer les choses qui ont péri, on peut à leur sujet intenter la *condictio* (1). Ainsi, — je laisse la parole à M. Ortolan (2) — « Le voleur lui même qui avec mes raisins aurait fait du vin, avec ma laine un vêtement, serait devenu propriétaire parce que la matière qui m'appartenait n'existe plus ». Et de fait les trois textes cités ne prouvent pas contre cette affirmation. Quand Paul énonce, dans le premier, que le vêtement fait avec la laine volée sera *res furtiva* cela peut signifier simplement que le vêtement pourra être réclamé, au moyen de la *condictio*, par le propriétaire de la laine; il serait téméraire d'en conclure que celui-ci peut le revendiquer. — De même le second texte parle de la *condictio*, nullement de la revendication. Quant au troisième, il est beaucoup plus difficile d'en donner une explication satisfaisante si on admet, avec M. Ortolan, que la mauvaise foi du spécificateur est indifférente. On pourrait être tenté de dire que l'*actio ad exhibendum* est donnée à titre pénal, qu'elle n'a pas pour but de faire représenter le vêtement fait avec la laine, le vin fait avec les raisins, l'huile tirée des olives, mais bien la laine, les raisins, les olives, qu'il est matériellement impossible d'exhiber, et qu'au lieu d'être le préliminaire d'une revendication, elle n'est qu'un moyen pour le propriétaire dépouillé de se faire attribuer une indemnité qu'il fixera lui-même sous la foi du serment. Mais cela est bien malaisé à soutenir, si on se reporte à la dernière phrase du texte, qui donne l'explication de la décision : « *Quia quod ex re nostra fit, nostrum esse*

1. Gaius, Inst., II, 79.

2. *Explication historique des Institutes*, tom. I, p. 283.

*verius est.* « Cela signifie, à l'évidence, que c'est de l'objet nouveau que le propriétaire de la matière demandera la représentation, et que c'est cet objet qu'il revendiquera. Seulement cette fin de texte, si elle ne laisse pas de doute sur la portée de la décision indiquée, pourrait peut être aussi servir à en récuser l'autorité. Car le motif ainsi exprimé. « *Quia quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est* est tout sabinien ; ce texte semble être un écho de la doctrine sabinienne plutôt que de la doctrine intermédiaire consacrée par Justinien. Et alors il ne prouverait plus rien, car la question de mauvaise foi du spécificateur n'a de sens que dans cette doctrine intermédiaire (1).

Quoiqu'il en soit, le plus sûr est encore d'admettre que la mauvaise foi du spécificateur ne l'empêche pas d'acquiescer l'objet nouveau. S'il est difficile de concilier les divers textes du digeste, il est aisé de s'en tenir au texte des Institutes de Justinien qui attribue l'objet au spécificateur, quand la forme primitive est définitivement perdue, sans indiquer que la mauvaise foi puisse changer quelque chose à ce résultat.

Si au contraire on admettait que la mauvaise foi du spécificateur empêche de naître son droit de propriété, ce serait un cas à retirer de la catégorie de ceux où il y a perte de la chose transformée. — En sens inverse, n'y a-t-il pas une série d'espèces où le spécificateur est proprié-

1. Ce qui, malgré l'allure toute sabinienne du motif invoqué par Paul dans la loi 12 précitée, fait hésiter à admettre que ce fragment se rattache à la doctrine sabinienne, c'est que Paul en d'autres textes se prononce nettement pour la doctrine intermédiaire (XLI, I, lois 24 et 26).

taire de l'objet nouveau, où il y a par conséquent perte de la matière, sans qu'on ait à distinguer si cette matière peut ou non être ramenée à son premier état. Les Institutes disent que si la chose nouvelle est formée en partie avec la matière d'autrui, en partie avec celle du spécificateur, c'est sans aucun doute à celui-ci qu'elle appartient (1). La formule est très compréhensive et semble ne laisser place à aucune controverse. On a cependant fait remarquer que les exemples cités en application du principe sont tous empruntés à des cas où la matière première est irrévocablement transformée, et on en a conclu que c'était pour ce motif seulement que la propriété était attribuée au spécificateur, qu'il ne l'aurait pas si la matière pouvait être ramenée à son premier état: il y aurait donc co-propriété.

On ne ferait en somme aucune dérogation aux principes. Mais pourquoi alors cette mention spéciale du cas où le confectionnaire a fourni une partie de la matière? Justinien aurait voulu simplement repousser la conséquence à laquelle aboutissaient dans ce cas les Sabinien qui, fidèles à leur principe, déclaraient toujours la chose commune (2). Ortolan repousse cette opinion qui semble en effet aller à l'encontre du texte très net et très précis des Institutes (3). On a, il est vrai, présenté des textes qui pourraient lui prêter un sérieux point d'appui, notamment un passage des Institutes qui déclare commun

1. Institutes, II. 4. par. 25.

2. Accarias, *précis de droit romain*, I, page 621, note 4.

3. Ortolan, *loc. cit.* I, p. 284.

l'objet nouveau formé par la réunion de matières appartenant à des propriétaires différents (1). Mais dans ce passage il ne paraît pas que l'objet nouveau soit formé par un des propriétaires de la matière employée : il l'a été par le hasard, ou par un tiers, et alors ces deux propriétaires se trouvent dans une situation équivalente, aucun ne peut être préféré à l'autre, la chose est déclarée commune. Ce qui prouve à l'évidence que telle est la situation prévue, c'est que le texte parle de co-propriété même pour les cas où l'objet nouveau ne peut plus être décomposé en ses éléments constitutifs : c'est par exemple de l'œnomel qui a été fait de vin et de miel appartenant à vous et à moi. Si le spécificateur était un de nous deux l'œnomel lui serait certainement attribué puisque par le jeu ordinaire des principes il serait propriétaire, même s'il n'avait fourni aucune partie de la matière ; s'il en est autrement, c'est que le spécificateur n'est pas un des propriétaires.

Ce que je viens de dire s'applique d'ailleurs d'une façon générale aux textes présentés à l'appui de l'opinion que je combats : ils ne prévoient pas des cas de spécification, mais plutôt de confusion ou de mélange, ou s'ils prévoient des cas de spécification, elle n'est pas opérée par un des propriétaires de la matière (2).

1. Institutes, II, 1, par. 27, *in fine*.

2. Voyez loi 3, par. 2, lois 4 et 5, VI, 1, Digeste.



### SECTION III

#### *Appendice.*

Nous venons de parcourir les principales hypothèses de perte de la chose, je n'ai plus que quelques observations complémentaires à présenter.

1° Tout d'abord une réserve doit être faite sur les cas où la chose périt, non par destruction matérielle, mais par incorporation à une autre chose ou par une transformation qui la dépouille de son individualité première. C'est que les règles posées ne sont pas impératives et peuvent être modifiées par la volonté expresse ou tacite des parties. Ainsi la spécification accomplie sur une matière qui peut revenir à son premier état, n'a pas pour effet de dépouiller de son droit le propriétaire de la matière : mais si celui-ci a fait faire le travail pour le compte d'un tiers, c'est à cet tiers que le nouvel objet appartiendra (1). De même pour les cas de confusion : nous avons vu que si les choses confondues peuvent être séparés, chacun garde la propriété de sa chose ; mais bien entendu si c'est par la volonté commune des deux propriétaires que la confusion a été faite, la chose est commune ; il y a eu transfert de droits de l'un à l'autre. — Je n'insiste pas ; les parties peuvent avoir agi dans un but déterminé en provoquant la perte juridique de leur chose, et ce but doit être atteint toutes les fois qu'il n'est pas contraire aux principes généraux qui règlent les droits des particuliers : ceci ne rentre plus dans notre matière.

1. Dig. loi 25, XLI, I.

2<sup>o</sup> La seconde observation portera sur les droits réels autres que la propriété, notamment l'usufruit et l'hypothèque. Ils suivent le sort du droit de propriété en ce sens que toutes les fois que ce droit s'éteint par la perte de la chose, ils s'éteignent aussi. Mais il faut noter qu'ils sont bien plus fragiles que le droit de propriété. Pour l'usufruit il suffit de rappeler que les Romains voient une *mutatio rei*, qui en amène l'extinction, en des hypothèses nombreuses où il est certain que la propriété subsiste. Une maison est élevée sur un terrain nu : l'usufruit qui portait sur ce terrain disparaît (1), le droit de propriété, loin de disparaître, s'étend à la construction. L'usufruit porte sur un terrain et sur la construction qui s'y élève : la construction tombe, l'usufruit même du terrain n'est plus dû (2), le droit de propriété subsisterait sur les terrains et sur les décombres de la maison. D'une façon générale la *mutatio rei* s'entend avec une portée bien plus grande pour l'usufruit que pour la propriété. J'ai déjà dit que c'était là une manifestation de la défaveur qui s'attachait en droit romain à l'usufruit.

L'hypothèque n'est pas à beaucoup près aussi fragile que l'usufruit : c'est ainsi que constituée sur un fond, elle s'étend aux constructions qui y sont faites. Mais en raison de sa nature même de démembrement de la propriété, la notion de perte de la chose est à son égard plus étendue que pour la propriété. Ainsi la transformation de la chose accomplie par le propriétaire lui-même ne lui fera jamais perdre la propriété. Au contraire j'ai déjà eu l'oc-

1. Dig. loi 5, par. 3, VII, 4.

2. Loi 5, § 2, VII, 4.

casion de dire que la transformation opérée par le propriétaire entraînait extinction de l'hypothèque : un navire est construit avec des matériaux grevés d'hypothèque ; le propriétaire des matériaux qui a lui-même construit le navire gardera son droit de propriété, tandis que l'hypothèque ne portera pas sur le navire (1).

3<sup>e</sup> Dernière observation. Toutes les fois que la chose n'est pas matériellement détruite, il se peut qu'à un moment donné elle recouvre son individualité perdue. A ce moment-là le droit de propriété, qui était entravé dans son exercice plutôt qu'atteint dans son essence même, reprend toute sa vigueur et tout son effet. Voici par exemple l'hypothèse d'une construction faite avec les matériaux d'autrui ; on peut dire qu'il y a perte des matériaux, puisque toute revendication est interdite au propriétaire. Mais en réalité son droit n'est pas anéanti, il est seulement paralysé par l'immobilisation des matériaux ; c'est un droit qui sommeille, et dès que par un fait quelconque la maison est démolie et que les matériaux ont retrouvé leur individualité, la revendication est possible (2).

Elle l'est, ceci est à noter, sans que le propriétaire de l'édifice ait pu usucaper ni prescrire les matériaux (3). Le constructeur a vendu et simplement livré à son acheteur, ou bien le constructeur n'était pas lui-même propriétaire, il avait, je le suppose, construit sur le terrain d'autrui et vendu à un acheteur de bonne foi. Voilà deux cas où l'usucapion est nécessaire pour l'acquisition de la propriété

1. Dig., loi 18, par. 3, XIII, 7.

2 et 3. Loi 23, § 7, VI, 1.

de l'édifice. Or l'acheteur pourra bien par l'usucapion devenir propriétaire de l'édifice, mais non des matériaux comme tels. Le même principe qui dépouille de son droit le propriétaire des matériaux, met ce droit à l'abri des effets de l'usucapion : les matériaux n'existent pas comme tels, ils ne peuvent être en leur état présent objets de propriété ni de possession. — Les jurisconsultes romains ne semblent avoir eu en vue que le cas où la propriété de l'édifice a besoin d'être acquise par usucapion ; mais la question pourrait se poser absolument de même en supposant la propriété de l'édifice d'ores et déjà acquise, soit par le constructeur, soit par l'acheteur. On pourrait se demander si, propriétaire de l'édifice, il ne pourrait pas usucaper isolément la propriété des matériaux, la seule qui lui fasse défaut. La question devrait recevoir évidemment la même solution que lorsqu'il s'agit d'une usucapion parallèle à celle de l'édifice lui-même.

Tel est donc le principe : quand la chose revient à son premier état, le droit de propriété reparaît. Il y a à ce principe des exceptions importantes.

La première se présente dans l'hypothèse suivante : vous mettez à votre statue un bras qui ne vous appartient pas ; l'opération s'est faite en coulant immédiatement le métal sur le métal : c'est ce que les Romains appellent *ferruminatio*.

Le propriétaire du bras adapté à votre statue ne pourra pas agir *ad exhibendum* pour le faire détacher, et, de plus, si la séparation vient à se faire, soit par hasard, soit par la volonté du propriétaire même de la statue, il ne pourra pas revendiquer (1) : le bras devenu partie intégrante de

1. Loi 23, par. 5, VI, I, Dig.

la statue a perdu pour toujours son individualité. La coulée du métal à même sur un métal identique a fait disparaître toute trace de la jonction, et par là-même tout vestige de la primitive indépendance du membre ainsi ajouté; il y a absorption définitive de l'existence juridique de l'objet accessoire par l'objet principal.

Seconde exception. Votre arbre a été transplanté sur mon terrain, il y a pris racine, il m'appartient. Même détaché, vous ne pouvez plus le revendiquer (1). Pourquoi cette différence de l'arbre aux matériaux? La situation n'est-elle pas la même? Non, car l'arbre est un être vivant qui tous les jours se transforme et se renouvelle; les matériaux au bout dix ans d'incorporation à l'édifice sont les mêmes que le jour de la construction, l'arbre est autre (2). Toutefois on finit par donner à l'ancien propriétaire de l'arbre une *vindicatio utilis*; cette *vindicatio utilis* est analogue, dit Pellat, à l'*actio publiciana rescissoria* accordée au ci-devant propriétaire qui a perdu son droit par l'effet d'une usucapion que l'équité commande de considérer comme non avenue (3).

En matière même d'incorporation des matériaux à une construction je rencontre une exception au principe de la permanence latente du droit de propriété. J'ai construit sur le terrain d'autrui, cela de mauvaise foi: on présume que j'ai voulu gratifier le propriétaire du terrain, et on me refuse l'action en revendication pour les matériaux sé-

1. Loi 26, par. 2, LXI, I.

2. Accarias *op. cit.* I, 616, note 2.

3. Pellat, *op. cit.* sur la loi 5 par. 3.



parés de la construction (1) Mais cette solution rigoureuse ne fut pas maintenue. Une constitution de l'empereur Caracalla (2) autorisa le constructeur de mauvaise foi à revendiquer ces matériaux, la construction une fois détruite, sous la condition de prouver qu'il n'a pas agi *animo donandi*. Il y a telle hypothèse où cette preuve s'offre d'elle-même, à la seule inspection des faits: par exemple le possesseur du sol a construit, sachant sans doute qu'il n'était pas propriétaire, mais au moment où l'usucapion était près de s'achever à son profit.

Il y a un autre cas où l'incorporation des matériaux éteint définitivement le droit de propriété : c'est celui où l'édifice construit est un monument qui constitue une *res sacra* ou une *res religiosa*, Par exemple des pierres ont été employées à élever un tombeau (3); détachées du tombeau, elles perdent bien leur caractère de *res religiosæ*, mais on considère que par l'effet de ce caractère qu'leur a été temporairement imprimé le droit du propriétaire a disparu. La revendication ne sera pas accordée; il ne reste au propriétaire qu'une *actio in factum* pour se faire indemniser. A cette règle il n'y a dérogation que si le tombeau n'a pas encore reçu l'usage auquel il est destiné, si aucune dépouille mortelle n'y a été placée : dans ce cas le monument n'est pas encore devenu religieux.

Enfin dernière exception. Un terrain a été envahi par les eaux; les propriétaires de ce terrain se trouvent dépossédés, mais il semblerait que ce fût là un simple em-

1. Dig. loi 7. par. 12, XLI, 1.

2. Code, loi 2, III, 32.

3. Dig. 43, VI, 1.

pèchement d'exercice, non pas une extinction vraie du droit ; les Romains n'en ont pas jugé ainsi. Si le cours d'eau reprend un jour son ancien lit, les terrains mis à sec ne font pas retour à leurs anciens propriétaires, ils se partageront entre les riverains (1). Le cours du fleuve n'apparaît donc pas seulement comme une sorte de servitude qui grèverait la propriété sans la détruire, et qui, le fleuve se retirant, la laisserait libre : « *ille ager qui fuerat desiit esse*, nous dit Gaïus, *amissa propria forma* (2). J'ajoute que si la conséquence paraît rigoureuse, et elle l'est en effet, la pratique se refusa à admettre l'application rigide des principes : à la fin du texte précité, Gaïus déclare que cette solution avait peine à prévaloir « *vix est ut id obtineat* ».

Tel est le principe et telles sont les exceptions ; je note en terminant que ce que je viens de dire de la propriété ne s'applique pas à l'usufruit. En règle générale l'usufruit ne revit pas par le rétablissement des choses dans leur état antérieur. Ainsi le navire démonté pièce à pièce, puis refait avec les mêmes éléments n'est plus soumis à l'usufruit qui le grevait ; il en est de même de la maison reconstruite après avoir été démolie (3). A cette règle il y a des dérogations. Le sol grevé d'usufruit a été envahi par les eaux de la mer ou d'un fleuve ; l'usufruit est perdu mais le retrait des eaux le fait revivre (4). Sur un sol

1. Inst. II, I, 23. *fin*

2. Dig. loi 7, par. 5, XLI, I.

3. Dig. loi 10, par. 7, VII, 4.

4. Loi 23, *eodem* ; ce texte prévoit le cas d'une inondation temporaire et accidentelle, non celui d'un changement de lit, comme le texte de Gaïus cité un peu plus haut.

grevé de même, une maison est élevée : de même l'usufruit est éteint mais si la maison est détruite dans le délai par l'expiration duquel le non-usage fait périr l'usufruit, celui-ci reparaît (1). C'est qu'à proprement parler il n'y a pas eu transformation véritable de la chose, comme est celle du lingot d'argent dont on fait un vase ou une statue ; il y a seulement un obstacle tout extérieur à l'exercice du droit de l'usufruitier, et si le défaut d'exercice dure plus de deux ans, le droit lui-même est atteint ; mais jusqu'à l'expiration de ce délai il y a suspension, non pas extinction.

1. Loi 71, VII, 1.

---

## DEUXIEME PARTIE

### DE LA PROTECTION LÉGALE OFFERTE AUX TITULAIRES DES DROITS RÉELS EN CAS DE PERTE DE LA CHOSE

#### SECTION I

##### *Délimitation du sujet.*

En quels cas il y a perte de la chose, nous le savons maintenant. Je voudrais rapidement examiner quelle compensation est donnée, le cas échéant, au titulaire du droit réel qui a péri avec son objet.

Je n'ai point la pensée de prendre chaque hypothèse de perte en particulier, et de faire un exposé complet et détaillé des résultats auxquels conduit en chacune d'elles le jeu des principes : le caractère nécessairement sommaire de cette étude me contraindra à ne présenter qu'une vue d'ensemble.

Il est essentiel de débayer tout de suite le terrain, en mettant de côté plusieurs catégories d'espèces dont, pour des raisons diverses, nous n'aurons pas à nous préoccuper.

Et d'abord je ne mentionne que pour mémoire les cas où il y a entre le titulaire du droit réel et la personne par le fait ou entre les mains de laquelle la perte de la chose s'est produite des relations juridiques nées d'un contrat

dont cette chose était l'objet. Par exemple j'avais livré mon cheval à un tiers à titre de commodat ou de dépôt : le cheval périt dans l'écurie de ce tiers ; le recours que je puis avoir contre lui sera réglé par la théorie des fautes contractuelles : ceci ne rentre pas dans notre sujet.

Je ne parlerai pas davantage du cas où la perte survient au cours d'un procès, après la *litis contestatio* : c'est encore là une théorie toute spéciale.

Restent donc les hypothèses où la chose périt, en dehors de toute instance et sans que celui qui a sur elle un droit réel soit en même temps créancier d'une obligation de veiller, de garder, de rendre, dont elle serait l'objet.

Ceci posé, il y a une remarque préliminaire qu'il est aisé de faire *a priori*. C'est qu'il ne peut y avoir lieu pour le titulaire du droit réel disparu à une compensation quelconque que si la perte provient du fait d'un tiers ou si elle a procuré à un tiers quelque enrichissement : le fait ou l'enrichissement du tiers sont les deux seuls principes d'obligation qui puissent être invoqués. Si ma chose a péri par cas fortuit, et cela sans qu'il y ait eu par suite de cette perte aucun accroissement de valeur dans aucun patrimoine, toute relation juridique antérieure étant par hypothèse écartée, il est évident que je n'aurai de recours contre personne (1).

Notre champ d'investigations est ainsi nettement délimité. Dans les termes où elle est posée, la question recevrait en droit français une solution simple et qui peut se ramener à l'application de deux principes. Le titulaire du

1. Sauf en un cas, celui où la chose perdue avait été l'objet d'un vol : le voleur est en effet tenu des cas fortuits.



droit réel éteint par la perte de la chose, demandera une indemnité soit à celui par le fait de qui la perte est survenue, en prenant pour base de la demande l'article 1382, soit à celui qui en a profité, en s'appuyant sur ce principe non écrit dans notre Code, mais proclamé par la doctrine et appliqué par la jurisprudence comme l'incontestable expression de l'équité, que tout enrichissement fait de celui qui en bénéficie le débiteur de celui qui supporte l'appauvrissement correspondant. Créancier d'une indemnité fondée sur l'article 1382, il obtiendra une valeur équivalente à tout le préjudice, moral aussi bien que matériel, qu'il a subi ; créancier de l'obligation quasi contractuelle née de l'enrichissement, il n'obtiendra qu'une valeur correspondante à cet enrichissement, et qui pourra être inférieure au préjudice.

Tels sont les principes de notre droit civil. Il n'en va pas aussi simplement en droit romain. On sait que le principe générateur de l'action n'a jamais été à Rome le même qu'aujourd'hui. Dans le droit moderne, dès qu'une prétention est reconnue légitime par la loi, l'action suit : elle existe comme conséquence nécessaire du droit, le législateur ne l'organise pas comme un corps juridique animé de sa vie propre. En droit romain l'action, selon l'expression de M. d'Ihering, est un *individuum* : « elle a son domaine et son principe déterminés, son nom et sa formule propre, son histoire particulière : sa naissance repose sur un fait historique concret, sur un acte spécial d'introduction (1) ». Aussi le droit romain n'offre-t-il rien d'analogue à la solution française : deux

1. *Op. cit.* III. page 338.

principes posés, très-généraux, très-compréhensifs, et de ces principes une action en indemnité qui se déduit naturellement et qui partout s'exerce semblable en sa procédure et en ses résultats. Ce que nous trouvons ici ce sont des actions isolées, différentes de nom, de résultats, de conditions d'exercice ; je voudrais de ces actions tracer un tableau à la fois rapide et suffisamment complet.

## SECTION II.

### *Aperçu des actions concédées dans les différents cas de perte de la chose.*

I. — Il se peut d'abord que le fait qui a causé la perte de la chose ait été un délit prévu et puni par la loi. Ma maison a été incendiée, mon esclave assommé, ma récolte foulée aux pieds, par un tiers responsable de ses actions.

Mon droit de propriété est éteint, mais la *lex Aquilia* me donne un recours contre l'auteur du dommage. Par l'*actio legis Aquiliæ* j'obtiendrai réparation intégrale du préjudice causé : ce ne sera pas seulement la valeur vénale de ma chose, mais aussi la représentation du gain dont je puis avoir été frustré (1). Bien plus, il est possible que l'exercice de l'action m'enrichisse : en effet j'obtiendrai condamnation au double toutes les fois que l'auteur du dommage aura nié sa faute (2). Supposons qu'il la re-

1. Dig, lois 21, par. 2, et loi 22., *ad legem Aquilianam*.

2. Inst. III, 27, par. 7.

connaisse : la chose sera estimée d'après sa plus haute valeur dans les trente jours qui ont précédé le délit (1) ; si donc à un moment donné de cet espace de temps, elle a eu une valeur supérieure à celle qu'elle avait au moment du délit, je réaliserai un bénéfice. Les chances de bénéfice sont fort accrues dans les cas où la chose détruite était un esclave ou un animal de la catégorie de ceux que la loi désigne ainsi : *quadrupedes vel pecudes*. La chose s'estimera alors suivant la plus haute valeur dans l'année du délit (2) : je suis donc presque certain de m'enrichir.

Propriétaire de la chose détruite, je suis donc bien protégé par la *lex Aquilia* ; mieux, semble-t-il, qu'en droit français, car en droit français, l'indemnité me couvrira bien de la perte subie, elle me procurera exactement l'équivalent, mais elle ne m'enrichira pas (3). Cependant il est possible que, même en droit français, mon patrimoine se trouve plus riche après qu'avant la perte de la chose : c'est que les tribunaux peuvent tenir compte de la valeur morale que la chose avait pour moi, et la traduire sous la forme matérielle d'une réparation pécuniaire : en droit romain, cela n'était pas admis (4). Seulement les dommages intérêts en représentation du préjudice moral ne sont chez nous que très parcimonieusement accordés, et somme toute les chances d'enrichissement étaient plus grandes en droit romain pour le propriétaire lésé.

1. et 2 Institutes IV, 3 par. 9 et 14.

3. Nous n'avons pas de règles comparables aux règles romaines sur *l'infinitio* et sur l'estimation de la plus haute valeur.

4. Dig. loi 33, princip. IX, 2.

Si à ce point de vue le droit romain est favorable à la victime du préjudice, il offre par contre de graves lacunes. D'abord la loi Aquilia ne protège que le propriétaire : l'usufruitier, le créancier hypothécaire, restent en dehors de son domaine. Cette lacune fut d'ailleurs comblée : la jurisprudence accorda à l'usufruitier et à l'usager des actions utiles (1). Quant au créancier hypothécaire, il y a doute : certains textes lui donnent l'action utile, et non pas d'une façon générale, mais en des cas strictement déterminés (2), d'autres la lui refusent et ne lui accordent qu'une *actio in factum* (3).

Ensuite l'application de la loi Aquilia ne s'étend pas à toutes les fautes, elle se restreint au cas où le dommage a été causé *corpore*, c'est-à-dire où il provient du fait même de l'auteur, et non d'une cause étrangère que ce fait a mise en mouvement (4). Mais dans ce cas encore l'action utile vint combler la lacune laissée par la législation primitive. Grâce aux actions utiles, la loi Aquilia en vint donc à protéger la plupart des atteintes portées à la propriété ou aux droits réels démembrements de la propriété. Mais il faut noter qu'il reste une série considérable d'hypothèses où elle ne reçoit pas son application : je veux parler de celles où il n'y a pas destruction matérielle de la chose, mais seulement perte juridique, effacement de son individualité par son union à une autre chose ou par

1. Loi 11 par. 10, et loi 12, *dem.* Dig. IX. 2.

2. Loi 30 p. 1, *eodem.*

3. Loi 17, *princip. eodem.*

4. Voyez les exemples données aux Institutes, IV, 3 par 16.

la transformation qui en fait une *nova species*. Adjonction, incorporation, spécification, la loi Aquilia n'est pas faite pour ces cas là. Ma pourpre est incorporée à l'étoffe d'autrui, mes planches à son navire, mon lingot d'argent est par un tiers coulé en forme de statue ou de vase : les expressions des textes sont trop limitatives pour qu'on puisse donner en pareil cas l'*actio utilis* à celui dont la chose a péri juridiquement : » *si quid ustum, aut ruptum, aut fractum fuerit* », disent les Institutes ; (1) brûlé, brisé, rompu, ce sont là des termes qui ne visent que la destruction matérielle, l'anéantissement de valeur.

Est-ce à dire que dans les cas où le fait coupable n'a pas eu pour résultat la perte matérielle de la chose, le propriétaire dépouillé se trouve sans recours ? Nullement : le prêteur finit par remédier à ce défaut de protection légale. Il posa ce principe que tout dommage causé par la faute d'un tiers serait réparé, à défaut de tout autre moyen de recours, par l'exercice de l'action de dol, ou, si le dol n'existe pas, de l'*actio in factum*. Ainsi se trouvait complété le système de la loi Aquilia. C'est en vertu de ce principe que l'usufruitier pourra attaquer le nu-propriétaire qui, par des constructions élevées sur son terrain, l'a affranchi du droit d'usufruit (2). Le nu-propriétaire sera tenu de son dol. De même Ulpien concède l'action *in factum* au créancier hypothécaire dans tous les cas où le propriétaire aurait l'action aquilienne (3).

Seulement ni l'action de dol ni l'action *in factum* ne

1. Institutes IV. 3. par. 13.

2. Dig., loi 5, § 3, VII, 4.

3. Loi 17, *princip.*, IX, 2.



sont pour celui qui les intente aussi avantageuses que l'action aquilienne; il n'obtiendra jamais condamnation au double, et la valeur de la chose s'appréciera suivant son état au jour de la perte : il y aura réparation du préjudice, jamais enrichissement. — De plus les actions étant d'origine prétorienne, s'éteignent par l'expiration d'un délai fort court qui est fixé à une année utile (1).

II. — Je viens de parler du cas où la perte de la chose était le résultat d'un délit. Sans être le résultat d'un délit, elle peut avoir été précédée d'un délit, celui de vol. Les actions ne feront pas en ce cas défaut au propriétaire de la chose. Il a d'abord l'*actio furti*, action pénale qui n'a pas pour but de lui procurer une indemnité, mais bien un enrichissement pur et simple, qui peut être considérable : je renvoie là-dessus aux règles suivant lesquelles se calcule le montant de la condamnation.

L'*actio furti* est accordée d'une façon très large : ce n'est pas seulement le propriétaire qui pourra l'intenter, c'est l'usufruitier, ou le créancier gagiste ou hypothécaire. La voie est ouverte en principe à quiconque a intérêt à la conservation de la chose (2).

A côté de cet avantage, l'action *furti* a l'inconvénient, attaché à toute action pénale, de s'éteindre par la mort de l'auteur du fait. Tel n'est pas le sort des actions réipéscutoires nées du *furtum*. On sait que le *furtum* fait naître au profit du propriétaire d'une part la revendication et l'*actio ad exhibendum*, d'autre part la *condictio furtiva*. Des deux premières je ne parlerai pas mainte-

1. Code, loi 3, *de dolo*.

2. Inst., IV, 1, par. 13.

nant : en notre matière elles ne peuvent être intentées qu'à titre pénal, si la chose a péri par le dol ; je toucherai ce point un peu plus loin. Quant à la *condictio furtiva*, elle se donne même après la perte de la chose survenue par cas fortuit, puisque le voleur est en demeure : la condamnation qui en résulte se mesure sur la plus haute valeur que la chose ait eu depuis le délit. Seulement, à l'encontre de l'*actio furti*, elle n'est point libéralement concédée : « *In furtiva re soli domino condictio competit* (1) ». Le titulaire d'un droit réel autre que la propriété ne pourra donc pas y recourir.

Dans un cas spécial le vol a donné lieu à une action particulière : je veux parler de l'action *de tigno juncto*. Un tiers a fait une construction avec des matériaux qui appartiennent à autrui et qui ont été volés : il sera passible de l'action *de tigno juncto*, instituée par la loi des Douze-Tables (2). Elle procure au propriétaire des matériaux le double de leur valeur. A ce point de vue elle est moins avantageuse que l'action *furti* qui procure quelquefois le quadruple : cette infériorité s'accroît si l'on admet avec plusieurs auteurs que l'action *de tigno juncto* est mixte et exclut en tous cas l'exercice de toute action non pénale, alors que l'*actio furti* se cumule avec elles. Quelle est donc sa raison d'être ? C'est qu'elle exige une preuve bien moins difficile que l'*actio furti* : celle-ci ne peut être intentée que contre le constructeur qui a lui-même volé les matériaux ou qui du moins a été complice du vol ; l'action *de tigno* est intentée dès qu'il y a

1. Dig., loi 1, de *condictione furtiva*.

2. Loi 1, princip., de *igno juncto*.

eu vol, commis par qui que ce soit, et le constructeur en est passible alors même qu'il aurait été de bonne foi (1).

III. — Supposons qu'aucun délit n'ait été commis au préjudice du propriétaire évincé : ni délit de la loi *Aquiliana furtum*. En dehors de tout délit il peut y avoir des actions mises à sa disposition.

Je distinguerai si celui par le fait duquel la perte a eu lieu était de bonne ou de mauvaise foi.

a. — Il a été de mauvaise foi. Sachant que la chose n'était pas à lui, il l'a détruite, soit matériellement, soit juridiquement. Il a ainsi perdu la possession par dol : or c'est un principe en droit romain que celui qui a perdu la possession par dol peut être actionné comme s'il possédait encore : en punition du dol commis on le répute fictivement possesseur (2).

Ce n'est certes pas là un principe de l'ancien droit : la nature rigoureusement analytique des actions y était trop scrupuleusement respectée pour qu'on permit de transformer une action réipersécutoire en action pénale et de faire abstraction, dans une action qui tend à une restitution, de la condition essentielle qui est la possession du défendeur. L'exercice de l'action réelle à titre purement pénal est une des conquêtes de l'esprit nouveau sur le formalisme étroit et les principes rigides de l'antique législation.

C'est dans un sénatus-consulte rendu sous Adrien qu'est renfermée la première application de cette idée ; elle n'avait trait qu'à la possession d'office abandonnée par

1. Dig., loi 23, § 6, VI, 1. Loi 6, X, 4.

2. Dig., lois 131, 150, 157, § 1, L. 17, Loi 27, § 3, VI, 1.

celui qui s'était emparé de biens héréditaires. Peu à peu la jurisprudence étendit la règle à la revendication (1).

Le principe n'est pas applicable seulement à l'action en revendication : M. Labbé n'hésite pas à l'appliquer à toutes les actions réelles, notamment à l'action du créancier hypothécaire (2). Il faut l'étendre aussi à toutes les actions personnelles dirigées contre un tiers en tant que détenteur et possesseur de la chose, à l'*actio ad exhibendum* notamment : les textes sont formels (3).

On voit combien est large la protection ainsi accordée. Il me suffira d'en citer quelques exemples. Le propriétaire des matériaux incorporés à la construction qui ne lui appartient pas, si l'incorporation a été faite de mauvaise foi, agira *ad exhibendum* contre le constructeur (4). Celui-ci ne recevra pas l'ordre d'exhiber les matériaux (5), mais il s'entendra condamner à payer l'estimation faite après prestation de serment par le demandeur. — Un objet mobilier a été incorporé à un autre de telle façon que la séparation est impossible : *actio ad exhibendum* dans le même but que pour le cas précédent. — De même encore le spécificateur de mauvaise foi, reconnu maître de l'objet créé (6), sera tenu de l'*actio ad exhibendum*.

1. Pellat sur la loi 27 précitée.

2. *Revue de législation* 1872, p. 464.

3. Loi 9 *princ.* et par. 2, X, 4.

4. Loi 23, par. 6, VI, 1, et loi 1 par. 2, XLVII, 3.

5. Pellat sur la loi 23 par 7, VI, 1.

6. Cela est possible dans le système proculien et même dans le système mixte si on admet que la mauvaise foi est indifférente.

Dans tous ces cas le demandeur pourrait indifféremment intenter la revendication ou l'*actio ad exhibendum* ; les deux actions conduisent d'ailleurs au même résultat. Leur cumul s'explique probablement par ce fait qu'elle n'ont pas été concédées, à titre pénal, à la même époque ; les Romains ont dû avoir moins de scrupule à considérer comme pénale l'action *ad exhibendum*, qui était personnelle, que l'action en revendication, et l'accorder la première. Elle a conservé d'ailleurs son utilité spéciale : elle n'exige pas la preuve du droit de propriété, c'est assez que le demandeur en établisse la vraisemblance, et justifie ainsi de l'intérêt qu'il a à réclamer l'exhibition de la chose (1)

Données à titre pénal, ces actions entraînaient nécessairement, puisque par hypothèse la représentation de la chose n'était plus possible (2), l'estimation faite par le demandeur lui-même sous la foi du serment (3). Le défendeur est donc à la discrétion du demandeur et de son respect pour la foi jurée.

1. Loi 3 par. 9 et 11, *ad exhibendum*.

2. Toutefois il y a un cas où cette représentation est matériellement possible, c'est celui où l'action est intentée contre le constructeur de mauvaise foi. Il a bien cessé de posséder en ce sens que la démolition de l'édifice et la restitution des matériaux ne peut pas être exigée de lui, mais n'est-il pas libre de démolir quand il lui plait ? En fait ne se décidera-t-il pas à la démolition sous la pression du désir d'échapper à une condamnation fixée par le demandeur même ? et s'il démolit pour rendre en nature les matériaux, le propriétaire de ceux-ci n'aura-t-il pas reçu satisfaction, et la condamnation ne sera-t-elle pas évitée par le constructeur ?

3. Loi 68, VI, I.



b. — Supposons maintenant que l'auteur de la perte ait été de bonne foi, ou bien, s'il a été de mauvaise foi, que l'action n'est plus intentée contre lui, mais contre ses héritiers. Les principes ne sont plus du tout les mêmes que pour la précédente hypothèse. La possession abdiquée de bonne foi n'engendre par elle-même aucune obligation, elle n'est pas un fait délictueux. Si le possesseur peut être actionné par le propriétaire, c'est uniquement à cause d'un enrichissement qu'il aurait réalisé à l'occasion de la perte de la chose.

Tel est le principe en vertu duquel l'*actio in factum* peut-être accordée en certains cas contre ceux qui de bonne foi ont acquis par accession la chose d'autrui, lorsqu'elle ne peut plus être restituée en nature. Elle est donnée au propriétaire de la chose mobilière qui, incorporée à une autre dont elle ne peut plus être séparée, ne saurait faire l'objet d'une *actio ad exhibendum*, préliminaire de la revendication (1). On s'accorde en général à la donner au propriétaire des matériaux qui, sans avoir été l'objet d'un vol, auquel cas naîtraient les actions dérivées du *furtum* ou l'action de *tigno juncto*, ont été employés par un tiers de bonne foi (2).

Dans ces hypothèses, l'*actio in factum* tend, non pas à la réparation intégrale du préjudice causé, mais à la simple restitution par le tiers enrichi de la valeur dont son patrimoine s'est accru. Il y a certes des cas où une *actio in factum* est donnée pour assurer une indemnité égale à la

1. Loi 25, § 5, VI, I.

2. En ce sens Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten, erster Band*, § 300, *in fine*.

totalité du préjudice causé, mais ce sont ceux où elle sert à compléter le système imparfait de la *lex Aquilia*. Comme bien des cas de dommage causé à autrui restaient en dehors des prévisions de cette loi, le préteur a pourvu à la réparation du préjudice soit par l'*actio utilis*, soit par l'action de dol, soit par l'*actio in factum*; mais il demeura fidèle à l'esprit, à l'intention primitive manifestée dans le vieux texte qu'il élargissait sans cesse. L'*actio in factum* donnée pour la réparation du préjudice intégral ne sera donnée que s'il y a eu faute, je ne dis pas dol, mais tout au moins faute de la part de celui qui a causé le préjudice (1). Or si, croyant que les matériaux étaient à moi, je les ai employés à une construction, si persuadé que le bain de pourpre m'appartenait, j'y ai trempé mon vêtement, il est impossible de dire que j'ai commis une faute même très légère, j'ai cru agir dans la plénitude de mon droit et de ma légitime indépendance. Il n'y a pas faute, il y a simple fait, et si je suis tenu envers vous, c'est en raison de l'enrichissement que ce fait m'a procuré, et jusqu'à concurrence de cet enrichissement.

Le même principe est applicable dans le cas où se sont les héritiers qui sont actionnés : leur auteur eût-il été de mauvaise foi, ils ne seront tenus que de restituer la valeur dont leur patrimoine se trouve accru. C'est

1. Voyez l'exemple donné au par. 16, Instit. IV, 3, *in fine*. Dans le même sens Digeste, loi 7, par. 7, de *dolo malo*, loi 55, LXI, 1, loi 17 princip. *ad legem Aquiliam*. En droit français le principe de l'article 1382 n'est également applicable que s'il y a eu faute et non simple fait : Demante, *cours analytique*, V. 364.

qu'en effet les actions pénales ne sont pas transmissibles contre les successeurs de l'auteur du délit. Que le constructeur de mauvaise foi par exemple vienne à mourir, le propriétaire des matériaux ne pourra pas intenter contre ses héritiers une *actio ad exhibendum* qui tendrait à le faire condamner selon l'estimation que lui-même ferait sous la foi du serment. On ne lui donne qu'une action *in factum* par laquelle il obtiendra une valeur égale à leur enrichissement (1 et 2).

Il y a cependant un cas où les héritiers sont tenus au-delà de leur enrichissement, pour toute la valeur de la chose périée : c'est celui où leur auteur a commis un *furtum*. Ils seront tenus de la *condictio furtiva* même si la chose a péri par cas fortuit et sans laisser entre leurs mains aucune valeur ; *a fortiori* si la perte de la chose a été pour eux l'occasion d'un enrichissement, la condamnation ne se limitera pas à cet enrichissement.

On sait que c'est un principe absolu en droit moderne que tout enrichissement sans juste cause doit être restitué. Le droit romain dans son dernier état en était aussi arrivé à proclamer ce principe. La *condictio sine causa* fondée sur l'enrichissement sans cause a reçu la plus large extension : *id quod ex injusta causa apud aliquem esse posse condici*, nous dit dans les termes les plus com-

1. Loi 52, VI, 1, et lois 26 à 30, IV, 3. Dig.

2. En droit français les principes sont tout différents. Il n'y a pas d'action pénale au sens romain du mot. L'action de l'article 1382 ne tend jamais à enrichir la victime, mais en revanche elle est donnée contre les héritiers avec la même portée que contre l'auteur, pour la réparation intégrale du préjudice.

préhensifs la loi 6 au digeste, livre XII, titre V. Elle remplace la revendication, en règle générale, dans tous les cas où un tiers se trouve par son fait ou par suite de circonstances accidentelles dans l'impossibilité de restituer notre chose et s'est ainsi enrichi à nos dépens (1). De ce principe les textes font des applications intéressantes. Je vous ai remis des deniers à titre de donation ; vous les avez reçus à titre de prêt ; comme nos volontés ne se sont pas rencontrées, vous ne serez pas devenu, par l'effet de la dation, propriétaire des deniers ; du moins cela est-il exact tant que les deniers existeront à l'état d'objets distincts, reconnaissables, ayant une individualité. Mais supposons que vous en ayez fait emploi, ou plus simplement qu'ils soient confondus avec les vôtres, mon action en revendication contre vous s'éteint nécessairement : à sa place naîtra une *condictio* (2). Même solution si l'un de nous a entendu faire un *mutuum*, alors que l'autre croyait que le contrat projeté était un dépôt ou un commodat (3) ; il n'y a pas transfert de propriété, et cela bien plus évidemment que dans la précédente hypothèse, puisqu'ici il y avait un de nous deux qui ne voulait pas un transfert de propriété ; mais à la revendication devenue impossible par suite de la consommation de la chose succède la *condictio* (4). C'est encore en vertu du même principe que le *tradens*, propriétaire et qui voulait aliéner, mais qui

1. Voyez Savigny, *Traité de droit romain*, tome V, appendice 14. 2 et 3. Loi 18 *princip.* et par. 1, XII, I.

4. Et des 2 cas prévus c'est le seul où la *condictio* produira son effet : dans le premier elle est ajournée par une exception « *quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti* ».

était incapable de le faire, (c'était un impubère non autorisé), conservera la revendication tant qu'elle sera possible, et contre celui qui de bonne foi l'a rendue impossible en consommant l'objet reçu, agira par la *condictio* (1). En un autre ordre d'idées, le fait qui a causé à autrui un dommage et qui à ce titre tombe sous le coup de la loi Aquilia peut avoir en même temps procuré à son auteur un enrichissement : la restitution de cet enrichissement pourra être poursuivie par une *condictio* (2).

Voilà des décisions contenues dans les textes; mais le principe est posé en termes assez larges pour qu'on puisse sans témérité en étendre l'application à des hypothèses sur lesquelles les textes sont muets. Ainsi le propriétaire de la matière transformée, qui est devenue un objet nouveau et qui désormais appartient au spécificateur, ne doit probablement pas rester désarmé : une valeur a passé de son patrimoine dans celui d'autrui, il en obtiendra par la *condictio sine causa* l'équivalent (3).

Toutefois il ne faudrait pas élargir outre mesure la portée du principe qui tend à donner la *condictio* à propos de tout enrichissement sans cause. Il faut qu'une valeur soit sortie d'un patrimoine pour entrer dans un autre, et c'est seulement celui au patrimoine duquel a été directement soustraite cette valeur qui peut intenter la *condictio*. Il semble que jusque dans l'application de cette règle d'équité, les Romains aient marqué la trace de leur

1. Loi 19, § 1, XII, I.

2. Loi 9, par. 1, *eodem titulo*.

3. Il ne s'agit bien entendu pas du cas où la matière a été volée.



formalisme. Ainsi, pour la formation d'un *mutuum*, des deniers vous ont été remis par un tiers qui n'était ni propriétaire ni mandataire du propriétaire, le *mutuum* n'est pas formé, le propriétaire pourra revendiquer tant que les deniers resteront chose distincte et reconnaissable; qu'ils viennent à être employés, une *condictio* naîtra, mais non au profit du propriétaire. au profit du *tradens*, car c'est directement par lui, indirectement seulement par le propriétaire, que le patrimoine de l'*accipiens* s'est enrichi (1). D'ailleurs le propriétaire ne sera pas désarmé; il pourra exiger la cession de l'action (2); mais enfin elle ne naît pas en sa personne. C'est la nécessité, pour qu'il y ait *condictio*, de cette transmission directe d'un patrimoine à l'autre, qui conduit M. Gérardin à refuser à l'usufruitier la *condictio* contre le nu-propriétaire au cas où celui-ci a obtenu du voleur des fruits une réparation pécuniaire qui, en équité, devrait être attribuée à l'usufruitier (3). C'est l'usufruitier qui eût profité des fruits si le vol n'avait pas eu lieu: le nu-propriétaire seul a la *condictio furtiva* et l'indemnité qu'il obtient n'est au fond qu'un enrichissement pour lui aux dépens de l'usufruitier: celui-ci ne pourra pas demander la restitution de cet enrichissement injuste parce qu'aucune valeur n'a passé de son patrimoine dans celui du nu-propriétaire. Cette hypothèse ne rentre pas dans le cadre de notre sujet: j'ai

1. Loi 11, §. 2, loi 13, *princip.*, et § 1, XII, 1.

2. Loi 2 au Code, IV, 2.

3. *De l'acquisition des fruits par l'usufruitier, nouvelle revue historique*, 1884.

tenu cependant à la mentionner parce qu'elle montre bien la portée de la *condictio sine causa*.

IV. — Le propriétaire dépouillé n'a pas toujours besoin d'une action pour se faire indemniser. Il en a besoin si sa chose est matériellement détruite, ou s'il ne possède pas la chose qui a absorbé la sienne ou qui en est la « *nova species* ». Mais s'il la possède, il attendra que le propriétaire revendique, et grâce à l'insertion dans la formule d'une exception de dol il obtiendra le prix de la chose.

C'est un principe général, dont l'application est faite aux différentes hypothèses d'accession (1). Qu'est-ce que le propriétaire évincé obtient par l'exception de dol? Les textes nous le montre obtenant la valeur intégrale de ce qui est sorti de son patrimoine, le prix de la chose, dit la loi 23, § 4, *de rei vindicatione*; le prix des matériaux et de la main-d'œuvre, dit le § 3, des Institutes, II, 1, s'agissant du constructeur qui avec ses matériaux a édifié sur le terrain d'autrui. Toutefois le juge devait avoir un pouvoir d'appréciation extrêmement large : ceci nous est attesté, pour le dernier cas cité, par un texte de Celsus, qu'on considère, à juste titre, comme un modèle de réglementation sage et équitable (2). J'ai construit avec mes matériaux sur le sol d'autrui : actionné par le propriétaire du sol devenu par accession propriétaire de ma construction, je lui oppose l'exception de dol. Je n'obtiens pas toujours la même indemnité. Le propriétaire est-

1. Dig., loi 23, par. 4, VI, 1. Loi 38, *eodem*. Instit., II, 2, par. 30, 32, 33, 34.

2. Dig., loi 38, VI 1.

il un homme riche qui aurait probablement fait à ma place la construction ? A son choix il sera débiteur ou de tous les déboursés que j'ai faits, ou de la plus-value procurée à son fonds : il paiera apparemment la moins élevée des deux valeurs : si la plus-value est supérieure aux déboursés il s'enrichira sans m'appauvrir ; si elle est inférieure, il m'appauvrira sans s'enrichir. Le propriétaire est-il pauvre, et a-t-il des raisons particulières de tenir à ses terrains ? Je n'aurai que le droit d'enlever mes constructions, sans toutefois mettre le fonds dans un état inférieur à celui où il était antérieurement. En outre, si je n'ai point d'intérêt à enlever mes constructions, et que je ne veuille le faire que par méchanceté pure, « *malitia* » dit le texte, le propriétaire pourra les garder en m'offrant le prix que je pourrais retirer des matériaux.

Il y a certains cas exceptionnels où le propriétaire de la chose disparue, bien que possesseur de la chose nouvelle, n'est pas protégé par l'exception de dol. J'ai construit sur le sol d'autrui, mais de mauvaise foi : je suis réputé avoir voulu gratifier le propriétaire du sol et de même que je n'aurais pas d'action contre lui si j'étais dépossédé, de même étant possesseur, je n'aurai pas d'exception. Telle est la doctrine que les Institutes de Justinien reproduisent (1) : mais on est d'accord qu'il y a là une inadvertance, et qu'à la doctrine rigoureuse de l'ancien droit des atténuations progressives avaient été apportées. J'ai déjà parlé, à propos du droit d'action, de la constitution de Caracalla, de l'an 214, qui lui permet-

1. Inst., II, I, par. 30.

tait de revendiquer après démolition. Ulpien lui donne le droit d'enlever les travaux pourvu que le fonds n'en subisse aucun dommage (1). Il y a même un texte de Paul qui permet au possesseur de mauvaise foi la répétition de ses impenses pourvu qu'elles aient été utiles (2). Une seule différence subsisterait alors avec la possesseur de bonne foi qui a construit : c'est que celui-ci peut exiger le paiement de ses dépenses utiles de constructions même si la chose a péri. Mais ce texte de Paul n'est pas sûrement l'expression de la vérité : de plus il n'est écrit que pour la *petitio hereditatis*, que Justinien finit par mettre au rang des actions de bonne foi, et dont par conséquent on ne peut pas raisonner par analogie (3).

La restriction faite dans l'ancien droit sur le cas de mauvaise foi du constructeur n'est que l'application d'un principe qui atteint tous les cas de mauvaise foi du possesseur de la chose. C'est ainsi que les Institutes n'accordent l'exception de dol à celui qui a planté ou semé sur le terrain d'autrui qu'es'il a été de bonne foi (4). De même si j'ai écrit, fût-ce en caractères d'or, sur votre parchemin, je ne pourrai vous demander restitution de mes impenses que si je n'ai pas su que le parchemin vous appartenait (5). Même décision pour le peintre qui réclame le prix de la peinture faite sur la planche d'autrui (6).

V. — Il ne me reste pour finir qu'à dire quelques mots

1. Dig., loi 37, VI, 1.

2. Dig., loi 38, V, 3.

3. Code, loi 12-par 3, III, 31.

4-5-6. Institutes, II, 1, par. 32, 33, 34.

du cas où le changement d'état de la chose transforme sans doute les droits antérieurs, de sorte qu'on peut y voir une perte juridique de la chose, mais les transforme sans en modifier la nature : il les met seulement en état d'indivision. C'est le cas de confusion de deux corps liquides qui ne peuvent plus par une séparation reprendre leur individualité primitive (1). On ne peut pas dire que le droit de propriété disparaisse en cette hypothèse : son assiette est modifiée. Au lieu de porter sur un objet certain et déterminé, et d'exclure sur cet objet tout droit rival, il porte sur une fraction idéale, abstraite du nouvel objet qui supporte en même temps le droit égal de l'autre co-propriétaire ; le droit de propriété a si peu disparu qu'il est encore sanctionné par la revendication : deux lingots d'argent sont confondus (2) : chaque propriétaire de lingot a désormais deux actions, une action en revendication par laquelle il affirme son droit de co-propriété, et conclut à la co-possession (3) ; une action *communi dividundo* pour faire cesser l'indivision et opérer le partage. S'il intentait l'action *communi dividundo* avant d'avoir intenté la revendication, il risquerait de se voir repoussé par une exception fondée sur ce qu'il n'a pas prouvé son droit de demander le partage.

1 et 2. Loi 3, par, 2, VI, 1.

3. On pourrait concevoir cette revendication comme une sorte de *præjudicium*, mais les textes ne se prêtent pas à cette hypothèse : l'action aboutira à une condamnation pécuniaire si le défendeur ne veut pas exécuter l'ordre de mettre le demandeur en possession ; s'il l'exécute, la possession sera indivise comme la propriété.



La revendication du co-propriétaire sera le plus souvent intentée sous la forme ordinaire, avec une *intentio certa* ; mais il peut se faire que le co-propriétaire ne connaisse pas exactement le poids de son lingot confondu avec celui d'autrui. Le droit romain permettait en certains cas exceptionnels, « *si justa causa interveniat* (1), » que la revendication fut accordée avec une *intentio incerta* : nous sommes ici dans un de ces cas exceptionnels.

Une fois son droit reconnu, le co-propriétaire pourra demander le partage : il y aura adjudication à chacun de la part qui lui revient. Cette part ne sera pas seulement déterminée par le poids du métal qui appartenait à chacun, mais aussi d'après la valeur de ce métal : autrement il y aurait enrichissement de l'un au profit de l'autre (2).

Pas plus que le propriétaire l'usufruitier ou le créancier hypothécaire ne perdent leur droit par la confusion qui réunit deux lingots en un seul. Chacun garde son action réelle. Son droit aura seulement, comme le droit de propriété, une autre assiette : il portera sur une fraction indivise du lingot total. Seulement il faut noter que le partage intervenu entre les deux co-propriétaires du lingot ne changera pas l'assiette des droits d'usufruit ou d'hypothèque : cela par une suite naturelle de l'effet du partage. Par exemple avant la confusion un droit d'hypothèque portait sur un des lingots : l'union de celui-ci avec un lingot de même poids et valeur donnera pour

1 Dig. loi 76 par. 1, VI, I.

2 Pellat *op. cit.*, sur la loi 3 par. 2 et la loi 4.

assiette audroit d'hypothèque la moitié indivise de la masse totale. Le partage de la masse ne changera rien à ce résultat, le créancier hypothécaire continuera d'avoir le *jus possidendi* et le *jus distrahendi* sur la moitié indivise de chacun des lingots issus du partage.

VI. — Voilà bien des moyens de recours mis à la disposition du propriétaire privé de sa chose. Reste-t-il cependant des cas où aucune protection légale ne le couvre ? On discute, à ce sujet sur une hypothèse qui a une assez grande importance pratique. C'est celle du constructeur qui, ayant édifié sur le sol d'autrui, a perdu la possession. Comme il a perdu la possession, une exception ne suffit plus à le protéger : il faudrait une action. Cette action, les textes semblent bien la lui refuser (1), et beaucoup d'auteurs s'en tiennent à la solution rigoureuse que donnent ces textes (2). Il a paru à certains jurisconsultes que cette décision, conforme aux principes rigides de l'ancien droit, n'était pas en harmonie avec les principes d'équité consacrés par le droit nouveau. Cujas a soutenu que le constructeur a contre le propriétaire la *condictio indebiti*, considérant comme abandonnée par erreur la valeur qui correspond aux impenses faites. Pothier lui donne l'action *negotorum gestorum utilis*. Je ne veux pas entrer ici dans l'examen des objections qui sont faites à l'une et à l'autre de ces deux solutions. Il me suffit d'avoir

1. Loi 33, Dig., XII, 6, et loi 14, XLIV, 4.

2. Ortolan, *loc. cit.* n° 396 ; Maynz, *Traité de droit romain*, 3<sup>m</sup>e édition, I, n° 189 ; Accarias, 1, page 614, note 2 ; Demangeat, 1, p. 462.

montré un cas où il est possible que, jusque dans le dernier état du droit romain, la vieille théorie juridique ait prévalu sur ce grand principe de morale que tout enrichissement injuste doit être restitué.

---

## CONCLUSION

Telle est, dans ses grandes lignes, le tableau des modes de protection légale institués en notre matière. Si nous considérons le dernier état du droit, cette protection nous apparaît comme efficace et presque universelle : il n'est presque pas de cas où la personne privée de son droit par la perte de la chose n'ait de recours soit contre l'auteur de la perte, soit contre ceux qui en ont profité. En bien des cas même la loi romaine est plus favorable que la loi française. Elle enrichit la victime du préjudice, grâce au système des actions pénales : le droit français ne fait jamais que l'indemniser. Mais, s'il finit par être efficace, ce système de protection légale est en même temps très compliqué ; des situations presque semblables y reçoivent des traitements différents ; et si nous le voyons complet, il ne faut pas oublier qu'il ne le devint que peu-à-peu, par les progrès successivement réalisés de la jurisprudence, par l'infiltration lente dans la législation primitive d'une conception plus libérale des rapports juridiques qui naissent entre les hommes. Pendant de longues années bien des droits ne furent proclamés qu'en équité sans recevoir une sanction pratique. Notre législation française, avec ses principes simples et d'application large, me semble répondre mieux à ce besoin de justice que tous les efforts des jurisconsultes tendent à satisfaire.

# DROIT FRANÇAIS

---

## DES FONDATIONS

---

### INTRODUCTION

#### I<sup>o</sup> PLAN GÉNÉRAL DU SUJET

Le mot « fondation » n'a pas dans notre langue juridique un sens bien déterminé.

Dans une première acception du mot, la fondation est une personne civile destinée à individualiser, non pas un groupe de personnes naturelles, mais une idée, une intention qui veut survivre à un premier acte de disposition pour présider à ses effets dans l'avenir. Sans doute ce sont des personnes naturelles qui en dernière analyse sont l'objet de l'institution, mais la personne civile est indépendante et se soutient sans elles. Tels sont un Hôpital, une Université.

Dans ce sens la fondation est opposée à la corporation ou communauté qui désigne la personne civile reposant sur une agrégation d'individus, dont elle est parfaitement



distincte, mais qui sont comme la substance de sa personnalité, la base matérielle et tangible sur laquelle elle est assise ; individus réunis par un certain intérêt et dans un certain but, en vue desquels a été constituée la personnalité de l'association.

Le mot « fondation » est pris dans un second sens, qui est le plus usité : la fondation est l'affectation de biens quelconques à un usage perpétuel. On fonde une école, un lit dans un hospice, une bourse, un prix.

Cette affectation de biens à un emploi perpétuel ne peut évidemment pas s'opérer par la cession de ces biens à une personne naturelle ; la personne civile offre seule un caractère de pérennité qui permet de réaliser l'idée du fondateur.

On conçoit *a priori* deux modes de réalisation de cette idée. Le fondateur peut transférer les biens à une personne civile déjà existante : par exemple, fondateur d'une bourse, il peut les donner à un établissement d'instruction, faculté, collège, lycée ; fondateur d'un prix, à un établissement scientifique ou littéraire, une Académie notamment.

On conçoit aussi qu'il puisse créer un être juridique sur la tête duquel reposera la propriété des biens affectés à la fondation, et qui aura pour unique raison d'être de servir de support au patrimoine qui devra être employé à l'œuvre charitable, religieuse, littéraire, scientifique, pour laquelle le fondateur s'est dépouillé. Cet être juridique ainsi créé constituera une fondation au premier sens du mot.

En somme la fondation, dans sa seconde acception, se

ramène à un transfert de droits, du patrimoine du fondateur à celui d'une personne civile, transfert qui a sa cause dans la destination assignée aux biens. Tantôt ce transfert s'opère au profit d'une personne civile préexistante, tantôt au profit d'une personne civile créée pour être le sujet des droits transmis.

C'est des fondations ainsi entendues que je traiterai dans cette étude, et je compte diviser le sujet en trois parties.

J'examinerai d'abord le mode d'établissement des fondations, sous les deux aspects sous lesquels il se présente et dont je viens de donner une idée : aliénation de certains biens au profit d'une personne civile préexistante ; je m'occuperai surtout, en ce point, du principe qui régit la capacité de recevoir conférée aux personnes civiles, et de quelques applications de ce principe : puis aliénation au profit d'une personne civile créée pour servir de support juridique au patrimoine ainsi constitué ; nous verrons jusqu'à quel point cela est possible dans notre législation, et les conséquences pratiques des principes qui la dominent.

La fondation est par essence un transfert de droits accompagné de conditions et charges imposées à la personne civile. Sous quelles conditions et charges le transfert peut-il régulièrement s'accomplir, et quelle influence le caractère illicite des conditions et charges a-t-il sur l'acte qui les renferme ? Telle sera la seconde partie de mes explications.

Enfin, et ce sera la dernière division, quels rapports juridiques naissent de la fondation entre les personnes qui y sont parties ?

## II<sup>o</sup> APERÇU HISTORIQUE

### SECTION I

#### *Coup d'œil sur l'ancien droit.*

Avant d'entreprendre l'étude du droit moderne, il n'est pas inutile de donner un aperçu de la législation dernière de l'ancien régime en cette matière.

Les fondations étaient, dans l'ancien régime, très fréquentes : tout ce qui avait trait aux gens et aux biens de mainmorte avait pris dans les derniers siècles de la monarchie une importance considérable. Aussi de nombreux actes législatifs sont-ils venus régler le mode d'établissement des fondations. Le plus complet, et le dernier en date, est le grand Edit de 1749 sur les gens de mainmorte, œuvre de d'Aguesseau, où sont résumées, codifiées, rajeunies, toutes les dispositions antérieures.

Deux grands principes sont inscrits dans l'Edit. Aucun nouvel établissement de corps ou communauté quelconque ne peut avoir lieu sans la permission expresse du roi. Sans cette même permission, aucune disposition ne peut être faite en faveur des établissements déjà existants.

Ainsi la constitution des fondations par les deux modes qu'on peut concevoir, était subordonnée au consentement de l'autorité royale.

Ce n'était pas là une innovation. Déjà, en droit romain, il était de principe que nulle personne civile ne pouvait prendre naissance sans l'autorisation de l'empereur. Nos légistes avaient repris cette maxime, et des ordonnances ou édits successifs avaient consacré leur théorie (*Edit du 21 novembre 1629 ; déclaration du 7 juin 1639 ; édit de 1666.*)

Quant au principe que nul établissement ne pouvait acquérir sans l'autorisation du roi, il n'était pas emprunté au droit romain ; il s'était formé spontanément dans notre droit. On peut en rattacher la première origine aux actes de confirmation qu'à l'époque féodale les établissements donataires demandaient aux seigneurs et au roi, dans le double but de s'assurer leur puissante protection et de se prémunir contre leurs justes plaintes. C'est qu'en effet, en la possession des gens de mainmorte, les fiefs et censives cessaient de circuler et par conséquent de payer les droits de mutation dus au fief dominant. Aussi les confirmations successives des seigneurs et du roi ne s'accordaient-elles que moyennant finance : c'est le droit d'amortissement. A quelle époque s'introduisit la coutume de prohiber toute acquisition faite par les gens de mainmorte sans payer finance ? Il est difficile de le dire d'une façon précise. Ce qui est certain, c'est que le droit d'amortissement est l'origine de l'autorisation nécessaire à la validité des acquisitions par les gens de mainmorte. Perçu d'abord au profit des seigneurs, il fut bientôt déclaré faire partie du domaine royal ; Charles V fit disparaître au profit de son trésor les derniers droits seigneuriaux d'amortissement.

Sur cette coutume d'exiger le paiement d'un droit, une théorie se greffa, posant en principe que le paiement du droit pourrait ne pas suffire, et que la validité de l'acquisition dépendait du bon plaisir du roi. Ceci reste d'ailleurs à l'état de théorie pure, sans application pratique.

L'édit de 1749 ne posait donc pas de principes entièrement nouveaux. Il rajeunissait seulement les règles anciennes mal obéies; car, en fait, rarement des lettres patentes étaient demandées pour la création de nouveaux établissements, et, quant au droit d'amortissement, il ne fonctionnait pas de telle sorte qu'il apparût comme une autorisation de recevoir accordée par le roi. L'amortissement ne se payait pas en fait au moment de l'acquisition : la recherche des amortissements avait lieu à des époques éloignées et irrégulières pour combler les vides du trésor : c'est le système des amortissements généraux. Ainsi, en 1522, traité à forfait entre François I et les mainmortables, moyennant quoi ceux-ci obtiennent que leurs acquisitions antérieures seront respectées.

Joignez à cela que plusieurs ordres religieux avaient reçu le droit de fonder des maisons nouvelles sans lettres patentes, et que beaucoup d'établissements avaient obtenu, par clause des lettres patentes accordées au moment de leur fondation, le droit d'acquérir des immeubles sans payer d'amortissement, moyennant une somme une fois versée. On voit ce qu'était devenue, en passant de la théorie à la pratique, la rigueur des principes.

Tel était l'état des choses avant l'édit de 1749; faisons rapidement l'analyse de cet édit.



Deux idées principales sont mises en lumière dans le préambule, qui sont l'explication et la justification des mesures prises.

La première est qu'il importe de protéger la famille et les droits des héritiers légitimes contre le penchant immodéré qu'ont les hommes à spolier leurs descendants pour remettre leurs biens à un corps, l'employer à une fondation, et faire ainsi passer leur nom à la postérité. Ceci est à noter, car c'est la première fois qu'apparaît chez le législateur le soin des intérêts de la famille : le droit d'amortissement n'avait pas d'autre but que la sauvegarde d'un pur intérêt fiscal.

Cette idée de protection des intérêts fiscaux, le préambule de l'édit la reprend aussi : on y lit cet aveu que l'exigence des lettres d'amortissement n'a guère servi à empêcher l'accumulation des biens de mainmorte, car on les concède sans examen, pour recevoir paiement du droit afférent. Mais elle n'est plus présentée comme le fondement des mesures prises contre la mainmorte : elle n'apparaît que comme le complément d'une autre idée plus générale, et de portée plus grande, celle des dangers que fait naître, au point de vue économique, l'immobilisation des biens en un patrimoine. On retrouve là l'influence des économistes du xviii<sup>e</sup> siècle.

Voilà les inconvénients et les dangers de la mainmorte. Voici les mesures et remèdes proposés. L'édit comprend deux séries de mesures. Et d'abord celles relatives à la fondation de nouveaux établissements.

« Voulons, dit l'article I, qu'il ne puisse être fait aucun nouvel établissement de chapitres, collèges, séminaires.

maisons ou communautés religieuses, même sous prétexte d'hospices, congrégations, confréries, hôpitaux ou autres corps ou communautés soit ecclésiastiques, séculières ou régulières, soit laïques, de quelque qualité qu'elles soient, ni pareillement aucune nouvelle érection de chapelles ou autres titres de bénéfice dans toute l'étendue de notre royaume, terres et pays de notre obéissance, si ce n'est en vertu de notre permission expresse, portée par nos lettres patentes, enregistrées en nos parlements ou conseils supérieurs, chacun dans son ressort, en la forme qui sera prescrite ci-après. »

Cet article I n'est que la confirmation de la législation antérieure. Il y a au contraire dans l'article 2 une aggravation des dispositions prises jusque-là. Jusque-là les nouveaux établissements pouvaient être fondés par acte testamentaire aussi bien que par acte entre vifs (1). La fondation par testament sera désormais interdite, article 2. Et c'est là une disposition conçue dans un esprit de rigueur extrême à l'égard des fondations, car se dépouiller en faveur d'un corps ou communauté par donation entre vifs, c'est chose qu'on ne fait pas volontiers : la pensée du dessaisissement immédiat n'est point faite pour stimuler la générosité des fondateurs. Les libéralités testamentaires sont de beaucoup les plus fréquentes, et ce sont celles-là que l'édit porte défense de faire.

L'interdiction est très stricte : ce n'est pas seulement la disposition directe au profit du corps, de la confrérie, de la congrégation créée qui est prohibée, c'est aussi la

1. Ricard, *Don.* tome I, 1<sup>re</sup> partie, ch. III, section XIII, n° 613. Furgole, *Des testaments*, ch. VI, sect. I, n° 37.

disposition au profit de personnes qui seraient chargés de faire la fondation ; indirecte ou directe, la disposition est toujours de nul effet (article 2 *in fine*).

Dans les articles 4-9 est exposée la procédure à suivre pour arriver à l'obtention des lettres patentes. Elle est calculée de façon à offrir toutes les garanties possibles aux intérêts que l'on veut protéger. Le projet de fondation est présenté au roi et l'acte ne peut être passé qu'après l'enregistrement des lettres patentes. Le roi fait faire une enquête ; les lettres délivrées à la suite de l'enquête sont communiquées au procureur général pour y être statué par le Parlement. Une seconde enquête est menée par le procureur général, pendant laquelle les oppositions peuvent se produire. Enfin, pour éviter toute surprise, les lettres patentes doivent porter mention des biens destinés à la fondation.

Aux règles posées il fallait des sanctions, les articles 9-12 y ont pourvu. Les établissements formés sans lettres patentes sont considérés comme inexistants ; toute disposition en leur faveur est nulle sans qu'il soit besoin de lettres de rescision. Tous les actes qui ont pu être faits dans l'intérêt de ces établissements sont non-avenus ; c'est ainsi que les personnes chargées de les administrer sont déchues de tous les droits qu'elles pourraient tenir de ces actes d'administration ; si elles ont payé des sommes pour acquérir des biens ou constituer des rentes à l'établissement, elles n'en ont pas la répétition.

Les droits des intéressés sont fortement garantis. Les enfants et héritiers présomptifs sont admis à réclamer les biens aliénés ou donnés à ces établissements, même du

vivant de leur auteur, et la réclamation faite par un seul profite aux autres.

Les seigneurs suzerains des biens ainsi donnés illégalement aux gens de mainmorte ont le même droit que les enfants.

Il se peut que les personnes susdites n'usent pas de leurs droits. En ce cas un arrêt du Parlement fixe un délai à l'expiration duquel les biens seront vendus aux enchères.

C'étaient là des prescriptions minutieuses et sévères. Elles comportaient certaines exceptions. L'article 3 était ainsi conçu. « N'entendons comprendre dans les deux articles précédents les fondations particulières qui ne tendraient à l'établissement d'aucuns nouveaux corps, collèges, ou communautés, ou à l'érection d'un nouveau titre de bénéfices, et qui n'auraient pour objet que la célébration des Messes ou Obits, la subsistance d'étudiants pauvres ou de pauvres ecclésiastiques ou séculiers, des mariages de pauvres filles, écoles de charité, soulagement des prisonniers ou incendiés, ou autres œuvres pieuses de même nature et également utiles au public ; à l'égard desquelles fondations il ne sera point nécessaire d'obtenir nos lettres patentes, et il suffira de faire homologuer les actes ou dispositions qui les contiendront, par nos Parlements et Conseils supérieurs, chacun dans son ressort, sur les conclusions ou réquisitions de nos procureurs généraux ; voulons qu'il soit en même temps pourvu par nos dits Parlements et Conseils à l'administration des biens destinés à l'exécution des dites fondations et aux comptes qui en seront rendus. »

Il importe de se rendre compte de la portée de cet article 3. Il ne s'agit pas seulement de libéralités adressées à des personnes civiles, déjà existantes, mais aussi, ce me semble, de libéralités constituées en fondations spéciales, indépendantes de corps ou communautés constitués, de libéralités formant un patrimoine qui repose sur la tête d'un être juridique créé par l'acte de disposition. Cet acte n'a besoin, pour acquérir cette vertu créatrice, que de l'homologation du Parlement. Cela ressort de la place même qu'occupe l'article 3, dans la partie de l'édit qui traite des fondations par création d'une personne juridique nouvelle; de la disposition finale de l'article, qui impose aux Parlements l'obligation de pourvoir à l'administration des biens de ces fondations, disposition inutile si la fondation s'adressait à un corps constitué et muni d'organes administratifs tout prêts; du rappel qui est fait de ces sortes de fondations en l'article 19 : les articles 14-18 viennent de parler des acquisitions permises aux gens de mainmorte; biens immobiliers ou assimilés, ils ne peuvent les acquérir que par donation entre-vifs et à condition de lettres-patentes; autres biens, ils peuvent les acquérir même par testament, et sans lettres-patentes; et l'article 19 ajoute que ces règles seront applicables aux fondations dont parle l'article 3; à quoi servirait cet article 19 si ces fondations consistaient toujours en libéralités adressées à des établissements déjà existants? Enfin pourquoi l'homologation du Parlement, qui n'est pas exigée par l'Édit pour les dispositions en faveur des gens de mainmorte, si les fondations de l'article 3 ne sont pas de celles qui tendent à la création d'une personne juridique?



J'ajoute que la faculté reconnue dans l'article 3 de constituer certaines fondations en entités juridiques spéciales se comprend parfaitement. Ce qui est à redouter, et ce que l'Édit veut empêcher, c'est la création de personnes morales puissantes, susceptibles d'attirer à elles des biens considérables : ce sont celles dont la personnalité repose sur la base concrète d'une association, par exemple les communautés ; ce sont elles aussi qui, sans avoir cette base, possèdent cependant une puissance qui se manifeste d'ordinaire par l'ampleur de la dotation, par la grandeur des bâtiments qui sont le signe visible et comme la traduction matérielle de l'idée abstraite qu'on a personnifiée : tels les hospices et hôpitaux. Modestes, au contraire, sont les œuvres auxquelles s'appliquent les fondations mentionnées en l'article 3 : célébrations de messes ou Obits, subsistances d'étudiants pauvres, mariage des pauvres filles. Et puis cette fondation une fois faite n'accroît pas son patrimoine, comme le font les communautés et les hospices, par de nouvelles libéralités : la spécialité même de leur but exclut les libéralités nouvelles qui font la puissance et le danger des gens de main-morte dont parle l'article 1 (1).

Voilà la première série des mesures prises par l'Édit. La seconde a trait aux acquisitions faites par les établissements une fois constitués. Même limitation sévère de la liberté d'acquérir (articles 14-27).

Les fonds de terre, maisons, droits réels, rentes fon-

1. Ces sortes de fondations étaient d'un usage fréquent dans l'ancien droit. Voyez à titre d'exemple celle qui est citée par Roche et Lebon, *Recueil des avis du Conseil d'Etat*, tome I, p. 193.

cières non rachetables et rentes constituées sur les particuliers (art. 14), les gens de mainmorte ne les peuvent acquérir que moyennant l'obtention de lettres patentes. Et de même que la fondation d'un nouvel établissement, l'acquisition de ces biens ne peut se faire que par donation entre-vifs ; pour l'acquisition par testament les gens de mainmorte sont frappés d'une incapacité que ne peut pas effacer l'obtention des lettres patentes (article 17).

Les seuls biens qui puissent être acquis par testament sont les rentes constituées sur le clergé, les diocèses, les pays d'État, villes ou communautés. Ce sont aussi les seuls qui puissent être acquis entre-vifs sans l'obtention préalable de lettres patentes (article 18).

Pourquoi cette différence entre les rentes constituées sur les particuliers et celles dont parle l'article 18 ? Le motif en est indiqué dans le préambule : les particuliers sont souvent fort en peine de payer les arrérages des rentes dont ils sont débiteurs, et la personne civile créancière trouve dans ce non-paiement des arrérages l'occasion fréquente de devenir propriétaire des fonds sur lesquels est assise la rente ; pareille éventualité n'est pas de nature à se présenter souvent pour les rentes de l'article 18, et on n'a plus à craindre la mainmise du créancier sur le fond débiteur.

Si j'avais à faire une étude sur le régime général des gens de mainmorte, un point de grande importance serait à noter, c'est que l'acquisition à titre onéreux est soumise par l'Édit aux mêmes règles que l'acquisition à titre gratuit. Il n'y a rien de pareil dans notre législation actuelle.

Autre différence entre le droit nouveau et l'ancien droit. Ce sont maintenant toutes les acquisitions à titre gratuit qui sont soumises à la formalité de l'autorisation ; l'Édit au contraire n'y soumet que les acquisitions d'immeubles et de certains biens que, pour divers motifs, il assimile aux immeubles ; pour les meubles en général, liberté absolue. La concession faite aux gens de main-morte n'apparaîtra pas bien considérable, si l'on veut se rappeler combien minime était encore au xviii<sup>e</sup> siècle l'importance de la fortune mobilière.

J'ai déjà eu l'occasion de mentionner l'article 19 qui déclare applicable aux biens donnés pour les fondations de l'article 3 les dispositions des articles ci-dessus. C'est-à-dire que par donation entre vifs on pourra donner pour ces sortes de fondations, les biens mentionnés en l'article 14, sous la condition d'obtenir lettres-patentes, et, sans obtention de lettres-patentes, les biens mentionnés en l'article 18 ; par testament, cette dernière espèce de biens seulement. Mais il ne faut pas oublier que, quelle que soit la nature des biens donnés, les fondations dont je parle ne pourront jamais se constituer, aux termes, de l'article 3, sans une homologation du parlement.

Toute cette législation est, on le voit, conçue dans un esprit de rigueur extrême. Il ne faudrait pas toutefois s'en exagérer les sévérités, qui sont peut-être plus apparentes que réelles. L'obtention des lettres patentes n'était en effet qu'une simple formalité, destinée à assurer le paiement du droit exigé ; sous l'apparence d'une mesure destinée à établir le contrôle sérieux et réfléchi de la puissance publique sur l'enrichissement des gens de main-

morte, elle ne constitua jamais qu'une mesure fiscale. Cette simple remarque suffit à enlever à l'Edit de 1749 la physionomie redoutable qu'on lui découvre tout d'abord.

Une déclaration interprétative du 20 juillet 1762 vint lever quelques doutes qui s'étaient fait jour sur divers articles de l'Edit, et même, sous couleur d'interprétation, y apporter de notables modifications.

Au nombre des fondations mentionnées en l'article 3, la Déclaration place celles de vicaires inamovibles, de chapellenies qui ne sont pas en titre de bénéfice, de services et prières, de lits dans les hôpitaux, de bouillons ou tables de pauvres.

La prohibition de recevoir par testament des immeubles et biens de la nature de ceux mentionnés en l'article 14 de l'Edit est levée, c'est l'innovation capitale, pour les établissements de charité, asiles et églises, en considération, est-il dit, de la faveur qui leur est due. Le legs de tels biens fait à ces établissements ne sera donc plus annulé, mais il n'en faudrait pas conclure qu'il sera exécuté dans sa teneur : les biens ainsi acquis ne pourront pas être gardés en nature ; les rentes seront toujours remboursables, les immeubles pourront être retirés en en payant la valeur ; et à défaut d'exercice par les héritiers du fondateur de ce droit qui leur est accordé, les établissements gratifiés doivent dans l'année vider leurs mains, à dater du jour où le délai donné aux héritiers, qui est d'un an aussi, sera expiré.

Telle est dans son dernier état la législation de l'ancien régime sur les fondations, ou plutôt sur le mode d'éta-

blissement des fondations car c'est de ce point seulement qu'elle traite.

Rigoureusement restrictive, elle avait du moins l'avantage d'offrir une série de règles claires, précises, coordonnées. Il y avait une législation sur les fondations, il n'y en a pas dans le Code civil, lacune regrettable et qu'on désirerait voir combler rapidement.

Cette législation n'est que la consécration d'un mouvement universel et persistant des esprits contre les fondations. Il est remarquable, en effet, tandis qu'aujourd'hui beaucoup de bons esprits vantent les bienfaits d'une législation qui serait favorable aux personnes civiles et au régime des fondations, que sous l'ancien régime il y ait eu contre elles une hostilité presque unanime : juriconsultes, philosophes, économistes, se trouvaient d'accord en ce point. Nulle part l'expression de cette hostilité n'apparaît plus nette que dans un article de l'*Encyclopédie*, qui est l'œuvre de Turgot et constitue un véritable acte d'accusation. « Notre but, dit-il, n'est que d'examiner l'utilité des fondations en général par rapport au bien public, ou plutôt d'en montrer les inconvénients : puissent les considérations suivantes concourir avec l'esprit philosophique du siècle à dégoûter des fondations nouvelles et à détruire une sorte de respect superstitieux pour les anciennes ! » Et il montre, à des points de vue divers, quels sont ces inconvénients si préjudiciables au bien public.

En premier lieu, avec les intentions les plus pures, combien n'est-il pas à craindre que le fondateur fasse le mal au lieu du bien ! C'est dans les pays où les fonda-



tions sont le plus abondantes que la misère est le plus commune.

D'ailleurs, de quelque utilité que puisse être la fondation, elle porte en elle-même un vice irrémédiable, l'impossibilité d'en maintenir l'exécution ; le zèle du fondateur ne se communique pas aux personnes chargées d'en perpétuer les effets. Et là-dessus une peinture à la fois piquante et dramatique du désordre, de la négligence, du relâchement des mœurs dont offre l'exemple le personnel des hôpitaux et hospices fondés par des particuliers.

Enfin, la fondation fût-elle fidèlement exécutée, il vient toujours un moment où l'utilité en disparaît ; ainsi des fondations innombrables faites pour les guerres de Palestine. On a alors le spectacle de biens immobilisés en une affectation surannée, sans profit réel pour personne, sauf pour leurs administrateurs dont tous les efforts ne tendent qu'à la perpétuation d'un ordre de choses qui leur procure, aux dépens de l'utilité commune, une vie oisive et inutile.

J'ai tenu à donner un résumé de cet article, parce que, malgré la vigueur des critiques, le langage tenu par un homme si éclairé, si hautement impartial, si ami de l'humanité, ne saurait être suspect d'aveuglement et de passion. Il faut convenir toutefois que les inconvénients signalés par Turgot au régime des fondations n'appellent pas cette conclusion que les fondations devaient être prohibées, mais seulement qu'il était nécessaire d'assurer à l'Etat un droit de contrôle étendu : l'Etat a le droit et l'obligation de ne permettre la naissance à la vie juridique que des

fondations utiles, de surveiller et de régler en une certaine mesure, délicate à préciser, l'administration des biens qui ont cessé, par leur affectation spéciale, de compter comme éléments de richesse dans des fortunes privées, de supprimer celles des fondations dont l'utilité a disparu avec le besoin particulier auquel elles correspondaient. Il est certain que l'Etat avait trop oublié sous l'ancien régime, ce rôle de tuteur : il eût suffi de restaurer ses pouvoirs : faire table rase de toutes les fondations, comme fit la Révolution, c'était appliquer un remède pire que le mal.

Ce qui explique tout autant que les inconvénients signalés par Turgot la défaveur qui s'attachait aux fondations, c'est le caractère religieux de la plupart d'entre elles. L'Eglise était en fait la grande bénéficiaire des libéralités : or il faut se rappeler qu'elle avait à cette époque une situation privilégiée. Ses biens échappaient aux charges publiques, et, le fardeau total des impôts restant le même, plus la masse des biens ecclésiastiques augmentait, plus étaient pesantes les charges des autres biens (1). Joignez-y que la puissance matérielle et morale de l'Eglise s'accroissait en raison directe de ces richesses, que les fondations augmentaient sans cesse, et cette puissance n'était pas sans porter ombrage à beaucoup de libres esprits. Enfin il faut tenir compte des doctrines philosophiques dérivées du Contrat social, qui absorbaient en l'Etat tous les corps, toutes les associations, tous les groupements

1. Cette préoccupation apparaît dans la déclaration précitée du 20 juin 1762 ; elle porte en son article 14 « les biens fonds des établissements doivent être soumis à toutes les charges publiques ».

spontanés dont l'existence indépendante faisait obstacle à la centralisation rêvée par Rousseau.

C'est, je le crois, dans toutes ces considérations qu'il faut chercher le secret des doctrines de l'ancien régime sur l'inutilité et le danger des fondations.

## SECTION II

### *Droit intermédiaire.*

Sous la Révolution de nombreuses lois furent rendues relativement aux fondations, mais c'est une législation purement négative, qui supprime, et ne crée rien. Nous assistons au plein épanouissement de cette doctrine du Contrat social à laquelle je viens de faire allusion : tous les membres de nos assemblées délibérantes en étaient imbus. « Ils établissent en maxime, dit M. Taine, que dans l'État il ne faut pas de corps ; rien que l'État, dépositaire de tous les pouvoirs publics, et une poussière d'individus désagrégés ; nulle société particulière, nul groupement partiel, nulle corporation collatérale (1). » Cette théorie apparaît avec une netteté singulière dans l'exposé des motifs de la loi du 18 août 1792 : « L'Assemblée nationale, considérant qu'un État vraiment libre ne doit souffrir dans son sein aucune corporation, pas même celles qui, vouées à l'enseignement public, ont bien mérité de la patrie. »

Les conséquences de cette théorie se déroulent dans

1. Taine, *La Révolution*, I. page 221.

es douze lois qui, du 2 novembre 1789 au 13 brumaire de l'an II, ont supprimé tous les corps, communautés ou confréries, propriétaires des biens affectés aux fondations, et réuni au domaine national, ou ordonné la vente au profit du Trésor de tous les biens de ces établissements supprimés (1). La nation a permis que les corps fussent propriétaires : donc elle peut revendiquer ce qu'ils ne possèdent que par son autorisation, et, eux disparus, elle est leur légitime héritière.

Que deviennent les fondations dans cette disparition totale des gens de mainmorte chargés de les exécuter ? Pour quelques fondations, les lois qui portent suppression du corps ou de la communauté qui en avait la charge statuent en même temps sur ce qui doit en advenir. Ainsi la loi du 12 juillet 1790, en même temps qu'elle supprime tous les bénéfices ecclésiastiques et crée la constitution civile du clergé, déclare, dans son article 25 : « Les fondations de messes ou autres services acquittés présentement dans les églises paroissiales par les curés et par les prêtres qui y sont attachés, continueront provisoirement à être acquittés et payés comme par le passé ; sans néanmoins que dans les églises où il est établi des sociétés de prêtres non pourvus en titre perpétuel de bénéfice, et connus sous les divers noms de filleuls, agrégés, familiers, communalistes....., ceux d'entre eux qui vien-

1. Voici les dates de ces lois : 2 novembre 1789 ; 13 février 1790 ; 12 juillet 1790 ; 23 octobre—5 novembre 1790 ; 10 février 1791 ; 2 mars 1791 ; 11 juin 1791 ; 26 septembre 1791 ; 19 mars 1793 ; 1<sup>er</sup> mai 1793 ; 13 brumaire an II ; 23 messidor an II.

draient à mourir ou à se retirer puissent être remplacés. » L'article 26 de la même loi porte que « les fondations faites pour subvenir à l'éducation des parents des fondateurs continueront d'être exécutées conformément aux dispositions écrites dans ces titres (1). »

Des mesures transitoires destinées à protéger les intérêts légitimes attachés à l'exécution des fondations, voilà donc tout ce que l'on trouve.

D'ailleurs en principe, l'État se chargeait de remplir l'office de tous les gens de mainmorte supprimés. Il se substituait à eux : pour en prendre un exemple, la loi du 19 mars 1793 qui ordonnait la vente des biens des hôpitaux, fondations et dotations en faveur des pauvres, ne le fait que comme conséquence du principe posé en son article 1, que l'existence des pauvres était une dette nationale.

Mais en fait, de tous les biens confisqués, aucune portion ne fut réservée à l'entretien du culte, des hôpitaux, des écoles. « Tous les contrats et tous les immeubles productifs tombent dans le grand creuset national pour s'y convertir en assignats (1). »

Voilà donc toutes les personnes civiles supprimées et toutes les fondations anéanties. Cependant par la force même des choses et sous l'empire de certaines nécessités de fait il y eut quelques atténuations à la rigueur du principe posé. Les lois du 19 mars 1793 et du 23 mes-

1. Voir des dispositions analogues dans l'article 2 de la loi du 10 février 1791, dans les articles 3 et 4 de la loi du 26 septembre même année.

2. Taine, *op. cit.* page 227.



sidor, an II, avaient ordonné la vente des biens des hospices et fondations charitables : l'État considérait comme dette nationale l'assistance des pauvres ; l'idée était noble, mais impraticable, l'État fit banqueroute à ses engagements, La Convention elle-même sentit la nécessité de revenir un peu sur la loi de 1793, et suspendit provisoirement la vente ordonnée (loi du 9 fructidor, an III). Un peu plus tard la loi du 2 brumaire, an IV, décida qu'en attendant l'organisation définitive des secours, chaque administration particulière jouirait provisoirement, comme par le passé, du revenu qui lui était affecté.

Quoiqu'il en soit de ces atténuations, presque toutes les fondations périrent avec les personnes morales auxquelles elles étaient attachées (1). Une question assez intéressante se posa, soulevée par les débiteurs de rentes affectées à l'acquit des fondations, dans les cas très fréquents où l'exécution des charges, qui était la cause et la raison d'être de la disposition de biens consentie, cessait d'être procurée par l'État, héritier de la personne morale. Les débiteurs invoquaient le principe général en vertu duquel, dans tout acte qui renferme des obligations ou prestations réciproques, chaque engagement est la cause de l'autre, et ne peut pas être invoqué par celle des parties

1. Il est remarquable que les petites fondations de bourses, messes et autres semblables, constituées en entités juridiques indépendantes au lieu d'être rattachées à une communauté, à une fabrique d'église, à un collège, subsistèrent pendant la Révolution et échappèrent au sort de celles que le fondateur avait confiées à un de ces corps puissants qui furent anéantis par la Révolution (voir les exemples cités par M. Lory, thèse de doctorat, page 72).

qui refuse d'exécuter le sien. Une jurisprudence constante a repoussé leurs prétentions (1).

La Révolution avait fait la dangereuse expérience de l'Etat omnipotent, pourvoyeur direct de tous les services d'intérêt et d'utilité publique, héritier et exécuteur testamentaire de toutes les associations, de tous les groupements partiels qui sont les auxiliaires subordonnés et indispensables de la puissance publique, et cette expérience avait mal réussi. L'Etat n'avait pas su faire face aux obligations accumulées sur sa tête. On sentit le besoin d'instituer à nouveau des établissements qui, sous la dépendance et le contrôle de l'Etat, mais munis de la personnalité civile et d'un patrimoine propre, seraient chargés de certaines fonctions imprudemment assumées par le pouvoir central. C'est ainsi, qu'on rendit leur personnalité aux fabriques, aux hôpitaux et hospices.

Je n'ai pas à examiner ce travail de reconstitution des personnes civiles. Je voudrais seulement, pour suivre jusqu'au bout dans leurs vicissitudes, les biens des anciennes fondations supprimées par la législation révolutionnaire, dire un mot de l'attribution qui en fut faite aux nouvelles personnes civiles.

Les fabriques furent dotées avec les biens appartenant autrefois aux paroisses, ceux provenant des anciennes collégiales et confréries, avec les biens, rentes et fondations chargés de messes anniversaires et services religieux faisant parti du revenu des églises, avec les biens et rentes cédés au domaine de l'Etat pendant la Révolution, qui

1. Cassation, 13 prairial, an IX, rapportée dans Dalloz, J. G., au mot *Culte*, n° 602.

sont révélés à leur profit et dont elles sont autorisées à se mettre en possession.

Le même principe fut posé pour les hôpitaux et bureaux de bienfaisance (1).

Que devenaient, dans cette nouvelle attribution des biens, les charges imposées par les fondateurs ? Les établissements mis en possession devaient-ils supporter les obligations en même temps qu'ils acquéraient les biens ? Les décrets du 25 frimaire an XII et du 22 fructidor an XIII décidèrent que les fabriques, mises en possession de biens autrefois affectés à des fondations pieuses, devaient payer aux curés, desservants et vicaires les messes, obits et autres services institués par les fondateurs. Une mesure analogue fut prise à l'égard des hospices : la loi du 4 ventôse an IX leur attribuait les rentes appartenant à la République, dont la reconnaissance et le paiement s'étaient trouvés interrompus, et tous les domaines nationaux qui avaient été usurpés par des particuliers ; le décret du 16 juin 1806, statuant pour le cas où les biens ainsi attribués seraient chargés de services religieux, a déclaré les hospices obligés de payer la rétribution de ces services aux fabriques et églises auxquelles les fondations devaient retourner. Mais, dans cette hypothèse, les héritiers des fondateurs avaient-ils le pouvoir de contraindre l'hospice à exécuter les services, et de révoquer la donation en cas de non-exécution ? Il a été jugé que la confiscation au profit de l'Etat avait affranchi les biens

1. Le détail des lois qui opérèrent ces attributions de biens se trouve dans le « Dictionnaire de l'Administration française », aux mots fabrique, hospice, etc.

des conditions apposées par le fondateur à la disposition, et que le droit de demander l'exécution des services appartenait exclusivement aux fabriques, chargées de ce soin par l'article 3 du décret du 16 juin 1806 (1).

C'est qu'en effet l'intention du législateur, en restituant les biens à leur destination primitive, n'était pas de restaurer le passé. Dès le moment où les biens de fondations anciennes avaient été acquis à l'Etat les droits des fondateurs avaient péri, et l'Etat, moralement obligé à faire de ces biens un emploi conforme, dans la mesure possible, à l'intention originaire qui avait été la cause de la libéralité, n'était tenu d'aucune obligation juridique. C'est aussi libres de tout engagement envers les héritiers des anciens fondateurs que les hospices, plus généralement les établissements de bienfaisance, étaient mis en possession des biens chargés de services religieux.

Nous venons de voir que la législation de l'époque intermédiaire avait été purement négative sur la matière des fondations. Suppression de toutes les personnes civiles bénéficiaires des fondations, essai tenté de mettre à la charge de l'Etat les services multiples assurés autrefois par les libéralités des fondateurs et l'action puissante des corps et associations de toute nature, puis réaction contre cette théorie reconnue impossible à faire passer en pratique, et création de nouvelles personnes juridiques dont la dotation première fut fournie par les dépouilles des anciennes. Voilà tout ce que nous avons rencontré.

1. Dalloz, J. G. *Culte*, n° 602.

Le Code civil n'a pas non plus légiféré sur les fondations ; il ne traite même pas la question de savoir par qui peut être conférée la personnalité civile, et quels en sont les effets juridiques.

Sur quels textes pourrions-nous donc nous appuyer dans l'étude que nous entreprenons ? Le bilan est facile à dresser.

Dans le Code civil nous avons les articles 910 et 937, relatifs aux formes de l'acceptation des libéralités adressées aux établissements publics.

En dehors du Code civil, un décret du 31 juillet 1806, qui traite des droits qui peuvent être réservés aux fondateurs dans l'administration des établissements de bienfaisance créés ou dotés par eux : c'est le seul texte qui ait trait d'une façon spéciale et exclusive aux fondations. Il faut y joindre toute la série des textes relatifs aux divers établissements publics ou d'utilité publique, et notamment aux libéralités qui leur sont faites. Et la liste est close.

Le bagage législatif n'est pas, on le voit, d'un poids bien lourd. C'est surtout des principes généraux du droit qu'il faut invoquer le secours pour constituer une théorie des fondations.

---

# DES FONDATIONS DANS LE DROIT ACTUEL

---

## PREMIÈRE PARTIE

### **Du mode d'établissement des fondations**

#### CHAPITRE PREMIER

##### DES FONDATIONS QUI NE TENDENT PAS A LA CRÉATION D'UNE PERSONNE JURIDIQUE

Nous nous occuperons d'abord des fondations qui s'analysent en une libéralité avec charge d'emploi adressée à un établissement public ou d'utilité publique déjà existant.

On pourrait refaire à ce sujet l'étude générale des dons et legs adressés aux personnes morales. Il y a sur ce qui touche à la forme même de l'acceptation de la libéralité des questions intéressantes. Je les laisserai cependant de côté : les traiter serait sortir du sujet spécial et restreint qui fait l'objet de cette étude, puisqu'elles se posent à propos de tous les dons et legs. Je voudrais ne m'occuper que de la question de capacité des personnes juridiques appelées à faire des biens donnés tel ou tel emploi prescrit par le



fondateur ; sont-elles toutes également capables, quel que soit l'emploi prescrit ? leur capacité n'est-elle pas au contraire limitée par le but même de leur institution ?

## SECTION I

### *Principe de la capacité des personnes juridiques.*

Un principe domine cette matière : c'est que, à la différence des personnes qui sont des individus de l'espèce humaine, les personnes civiles n'ont de droits que ceux qui leur sont attribués parla loi. Pour elles la capacité est l'exception, l'incapacité est la règle.

Ce principe n'est inscrit dans aucune loi ; et cependant il ne rencontre guère de contradictions. Il importe toutefois d'en bien préciser le sens et la portée.

Il y a là-dessus une confusion possible, qui n'a pas toujours été évitée, et que le mot lui-même de « capacité » qui revient sans cesse dans cette question, contribue à entretenir. La capacité s'entend ordinairement de l'aptitude à exercer les droits dont la mise en jeu constitue l'existence juridique ; soit les droits de famille, puissance maritale, paternelle, soit les droits patrimoniaux, droit d'aliéner, de contracter, d'ester en justice, et ici je ne parlerai que de ces derniers, puisque ce sont les seuls évidemment dont la personne morale puisse réclamer l'exercice. A ce point de vue, je suis convaincu que la capacité des personnes civiles est la même que celle des personnes physiques, sauf bien entendu à se restreindre aux droits qui sont compatibles avec leur nature de pure

entité juridique, et telle est je crois la pensée des auteurs qui, comme M. Lyon-Caen (1), se sont faits les champions du principe de l'assimilation de l'être juridique à l'être humain. Il est douteux que la raison d'être de l'assimilation doive être cherchée dans la similitude des qualifications, puisque l'expression « personne civile » n'est pas dans la langue du Code, mais il ne l'est guère que l'assimilation doive être admise. Donner l'existence à une personne civile, c'est lui donner tout ce qui constitue cette existence, et on ne concevrait pas que, par cela seul qu'elle est créée, la personne civile n'eût pas le droit d'être propriétaire, créancière, débitrice, de poursuivre et d'être poursuivie devant les tribunaux. Tous ces droits lui sont concédés en bloc par l'acte qui l'appelle à la vie juridique sans qu'il soit besoin d'une mention expresse pour chacun d'eux. Que l'exercice n'en soit pas aussi libre que celui des droits qui appartiennent à des personnes physiques, ceci est une autre question : ce sont, on l'a dit, des droits vinculés ; mais cela importe peu : je tiens pour certain qu'ils appartiennent à la personne civile dès qu'elle existe.

C'est d'une autre façon qu'il est exact d'entendre et de proclamer le principe que les personnes civiles sont incapables dans la mesure où la loi ne leur a pas expressément concédé la capacité ; c'est relativement à l'emploi des biens acquis, non pas relativement aux droits qui servent à les acquérir. Voilà le point de vue auquel éclate

1. Voyez le journal « *La Loi* » du 27 avril 1881, et « Condition légale des sociétés étrangères en France » p. 13-14. Dans le même sens « Etude sur les personnes morales » par Heisser.

la différence de l'être juridique à la personne humaine. J'acquiers une maison, je suis libre d'en faire tel usage que je veux, sous les seules réserves que commande l'ordre public ou que renferme un texte de loi : je peux y fonder une école, y établir un refuge pour les vieillards pauvres ou les ouvriers sans travail. Telle n'est pas la situation de la personne civile : instituée pour remplir un certain office, elle ne peut affecter les revenus de son patrimoine qu'à remplir cet office ; ainsi les fabriques d'église ont été créées pour subvenir à l'entretien des temples et aux frais du culte : elles ne peuvent ni fonder des écoles ni distribuer des secours aux pauvres ; les bureaux de bienfaisance ont pour mission de faire des distributions de secours à domicile ; ils ne peuvent pas empiéter sur les fonctions des hôpitaux et des hospices, qui sont de recueillir et de faire soigner les malades, les vieillards, les orphelins dans les bâtiments affectés à cette destination. Chaque personne civile n'a compétence pour accomplir les actes de la vie juridique que dans la limite des attributions qui lui sont confiées ; hors de ces limites, elle est comme un mandataire qui excède son mandat ; son existence juridique expiré à ces limites. Voilà en quel sens on peut dire que la personne civile n'a de droits que ceux que la loi lui concède, et qu'elle est en principe incapable.

Ramenée à ces termes, la question ne fait guère difficulté. Si l'homme est en principe libre d'user de ses biens suivant son bon plaisir, c'est que toute limitation à sa liberté qui ne se justifie pas par l'intérêt supérieur de la société est arbitraire et tyrannique. Il naît avec des

besoins matériels, moraux, intellectuels, qui appellent satisfaction : à chercher cette satisfaction il a un droit qui ne rencontre de bornes que dans le droit égal de ses semblables ; la législation positive ne crée pas sa capacité, elle la réglemente, et ne peut légitimement y apporter que les restrictions commandées par l'intérêt social. Que si nous considérons les personnes civiles, leur situation nous apparaît exactement contraire : elles sont l'œuvre même de la loi ; pour qu'elles existent il faut une fiction, un supplément, un parti-pris de la loi, et celle-ci, en les créant, a le droit incontestable de les créer avec le caractère, la destination, la capacité qu'elle veut.

En fait, si l'on regarde de quelle façon s'opère cette création des êtres juridiques, il est facile de voir que l'acte même, qui les appelle à la vie, fixe en même temps leurs attributions et délimite la carrière qu'ils doivent parcourir. Au-dessus en effet des intérêts éphémères qui sont particuliers à chaque homme, il y a des intérêts généraux et permanents, intérêt non plus d'un individu, mais de tous ou du moins d'une catégorie d'entre eux, intérêts qui n'étant pas liés à elle ou telle personne, ne disparaissent pas avec elle, qui, au contraire, survivent et subsistent en dehors et au-delà de chaque vie humaine disparue. Ce sont les intérêts religieux, communs à tous ceux qui ont la même foi, et permanents comme cette foi, ce sont les intérêts scientifiques, littéraires, les intérêts sociaux d'assistance et d'instruction. A ces intérêts on peut sans doute donner satisfaction par l'exercice des droits individuels de chaque personne : car, tout géné-

raux qu'ils sont, ils ne sont que la somme d'intérêts particuliers ; par exemple, tout homme ayant une foi religieuse pourra exercer ses droits en faveur des intérêts religieux, tout homme dévoué à la cause de l'éducation populaire pourra faire servir ses ressources à entretenir des écoles. Mais, placés ainsi sous la sauvegarde des droits individuels, ces intérêts pourront se trouver insuffisamment protégés, car les droits de chaque individu sont éphémères comme sa personne, et par leur seule efficacité aucune œuvre ne peut se fonder continue, permanente, et subsistant malgré la disparition de ses fondateurs. A des intérêts qui ne sont pas liés à une vie humaine doivent correspondre des droits qui ne subissent pas non plus les vicissitudes des droits individuels ; il faut des droits qui reposent sur la tête d'êtres juridiques impérissables : ce sont les personnes civiles. Devenir les sujets des droits affectés au service d'une cause abstraite, comme l'assistance, la religion, l'éducation populaire, tel est donc le rôle des personnes civiles. Mais il est bien évident que le législateur ne les crée pas toutes avec la même mission : ici comme en économie politique s'applique le système de la division du travail. Chacun a son rôle assigné d'avance. Le législateur ne crée pas un être juridique apte à acquérir un patrimoine sans fixer en même temps la fonction sociale dont il l'investit : la personnalité n'est conférée à chacun d'eux que dans la limite des attributions qu'il reçoit, de sorte que ce n'est pas assez dire que de le déclarer incapable en dehors du cercle de ces attributions, c'est inexistant qu'il faut dire.

S'il fallait à un principe aussi peu contestable d'autres garants de sa certitude que son évidence même, je n'aurais qu'à citer les auteurs qui l'ont reconnu et les arrêts qui lui ont rendu hommage (1).

En notre matière des fondations, le principe posé a des conséquences faciles à tirer : c'est que le fondateur ne peut pas confier à l'établissement qu'il lui plaît de choisir les biens qu'il affecte à un emploi déterminé. Il ne peut gratifier que l'établissement chargé du service en faveur duquel il fait la fondation : il faut que l'affectation donnée aux biens réponde au but, à la mission, à la fonction de la personne civile.

Mais, ceci dit, les difficultés ne sont pas terminées, elles commencent, car c'est une question de solution bien délicate que celle de savoir, en une espèce donnée, dans les attributions de quel établissement rentre le service objet de la fondation. Pour faire un examen complet de ces difficultés, il ne faudrait rien moins que rechercher l'ensemble des attributions de chaque établissement en compulsant tous les textes qui y sont relatifs et en fouillant l'esprit comme la lettre de chacun de ces textes. Ce serait faire un traité complet de la capacité des personnes civiles, et telle ne peut pas être notre intention. Nous nous bornerons à étudier les cas les plus intéressants d'application du principe.

1. Laurent, *Principes de droit civil*, tome I, nos 301-303, et tome XI. — Sainctelette, *Revue critique*, 1885. — Piébourg, *De quelques questions sur les personnes morales*. — Dalloz, 1879, 1, 5, note de M. Beudant. — Sirey, 1879, 2, 337 ; 1882, 4, 36 ; 1884, 4, 5.



## SECTION II

### DE QUELQUES APPLICATIONS DU PRINCIPE

#### § 1. — *Application aux fondations de bienfaisance.*

Prenons d'abord les fondations de bienfaisance. Je ne parle que de celles adressées aux établissements publics, dans le sens précis du mot, et non de celles adressées aux établissements reconnus d'utilité publique (1).

Les fondations de bienfaisance doivent s'adresser nécessairement aux établissements chargés du service de l'assistance. Il y a deux catégories d'établissements qui sont, sans aucun doute, chargés de ce soin : ce sont les bureaux de bienfaisance et les administrations hospitalières. Les bureaux de bienfaisance sont chargés de la distribution des secours à domicile (loi du 7 frimaire an V). Les hospices et hôpitaux sont chargés de recevoir les malades, les vieillards, et les enfants orphelins ou abandonnés.

Il va sans dire que chacune de ces deux catégories d'établissements sera capable de recevoir les fondations faites en faveur : — les bureaux de bienfaisance, des pauvres en général ; — les commissions administratives des hospices et hôpitaux, des enfants assistés, des malades,

1. Voir sur les différences entre ces deux sortes d'établissements, M. Ducrocq, *Cours de droit administratif*, II, n° 1338.

des vieillards. Pour appliquer le principe dans sa rigueur, il faut dire que chaque établissement doit se renfermer dans sa sphère d'attributions; les bureaux de bienfaisance ne peuvent recevoir que les fondations ayant pour objet des secours à domicile; les commissions hospitalières, celles qui ont pour objet le soulagement des personnes secourues ou recueillies dans les conditions susdites. Toutefois les hospices peuvent jusqu'à un certain point transformer l'assistance qu'ils doivent donner en pensions servies à domicile (article 17 de la loi du 13 août 1851); et quant aux bureaux de bienfaisance, il faut bien reconnaître que leur capacité ne se limite pas aux fondations qui ont précisément pour objet des secours à domicile proprement dits: pour prendre des exemples, ils ont certainement capacité pour recevoir des fondations de prix de vertu, ou des fondations faites pour doter des jeunes filles pauvres ou établir des jeunes gens (1).

La ligne de démarcation entre les administrations hospitalières et les bureaux de bienfaisance n'est pas toujours bien observée dans la pratique. C'est ainsi qu'un arrêt rapporté dans Dalloz, 1872, 2, 200, reconnaît implicitement comme valablement faite la fondation en faveur d'un orphelinat, adressée au bureau de bienfaisance. C'est ainsi encore qu'un arrêt de la Cour d'Angers du 2 janvier 1844 admet un bureau de bienfaisance à revendiquer les biens d'une fondation faite en 1778 pour procurer des

1. Voyez sur tous ces points les développements donnés par M. Laurent, *op. cit.*, XI.

bouillons et des soins aux malades, dit l'acte de fondation, dans une maison léguée à cet effet, biens réunis par une ordonnance de 1839 à l'hospice de Château-Gontier (1).

Ces deux jugements ne me semblent pas conformes aux vrais principes, car un bureau de bienfaisance n'est pas compétent pour recevoir une fondation faite en faveur d'un orphelinat, non plus que des biens destinés à fournir des soins aux malades : c'est l'affaire des administrations hospitalières. Il eût fallu en créer, dans les communes mises en cause, pour gérer les fondations qui leur revenaient de droit.

Ces questions de partage d'attributions entre les deux organes de l'assistance publique n'offrent pas d'ailleurs un très-grand intérêt. Aussi n'y insisterai-je pas (2). Bien plus sérieuse est la question qui s'est mainte fois élevée, et qui a reçu bien des solutions diverses, de savoir si les établissements publics religieux ont capacité pour recevoir et gérer des fondations de bienfaisance. Elle s'est po-

1. Arrêtrapporté dans Dalloz, J. G., *Secours publics*, n° 374-380.

2. En effet les questions de ce genre n'offrent d'intérêt sérieux que si la volonté du fondateur, en désignant un établissement incompetent, a été d'exclure l'établissement chargé du service par la loi ; il en est ainsi par exemple dans les cas où le bénéficiaire de la libéralité est un établissement religieux : dans ces cas là on se demande, nous aurons à examiner la question, quel doit être le sort de la fondation adressée à un établissement incapable. On n'a pas à se le demander, quand c'est le bureau de bienfaisance au lieu de l'administration hospitalière ou réciproquement, que le fondateur a désigné : il n'y a nulle difficulté à transporter le bénéfice de la libéralité à l'établissement capable.

sée surtout pour les fabriques des églises catholiques. Elle se ramène à ceci : les fabriques ont-elles le droit de concourir au soulagement des pauvres ?

La jurisprudence du Conseil d'Etat, jusqu'en 1873, leur avait dénié ce droit : diverses mesures étaient prises, que des avis successifs modifiaient sans cesse, pour assurer autant que possible le respect de la volonté du fondateur ; mais ces mesures n'étaient que des palliatifs plus ou moins ingénieux aux conséquences du principe que les fabriques n'avaient pas qualité pour recevoir des fondations de bienfaisance.

Sur quels motifs s'appuie l'avis de 1873 (1) pour établir un système contraire à la jurisprudence suivie jusque-là ? Reportons-nous aux considérants. Ils invoquent d'abord la tradition constante et de date immémoriale qui, sous l'ancien régime, mettait le soulagement des pauvres à la charge des fabriques, et qui a produit, par une suite naturelle, l'usage toujours existant de quêter dans les églises pour les pauvres de la paroisse. En présence d'un état de choses fondé sur les considérations morales les plus élevées et confirmé si unanimement par les mœurs publiques, il faudrait un texte qui interdit aux fabriques de recueillir les offrandes pour les pauvres.

Voilà une première série d'arguments ; s'il n'y en avait pas d'autres pour justifier la jurisprudence inaugurée en

1. Dalloz, 1873-3-97 ; il s'agit d'un avis du Conseil d'Etat sais, par le gouvernement d'un projet de décret tendant à autoriser selon la jurisprudence antérieure, le bureau de bienfaisance à accepter aux lieu et place de la fabrique ; nous ne sommes pas en matière contentieuse.

1873, je n'hésiterais pas à la repousser. Que la tradition soit constante en faveur des prétentions des fabriques, cela n'apporte pas grande lumière dans la question, toutes ces traditions ayant été brusquement rompues par la Révolution. L'Eglise avait, dans l'ancien régime un rôle multiple et prépondérant qu'elle a perdu, en droit sinon en fait, dans la société moderne : elle était un vaste établissement de bienfaisance et d'instruction ; elle ne rencontra pas en face d'elle dans ce double rôle des établissements laïques émanés de l'Etat ou de la commune, animés d'un autre esprit, et dont il s'agit précisément de savoir si la loi ne leur a pas conféré exclusivement les attributions anciennes de l'Eglise.

Quant à l'usage des quêtes dans les églises pour les pauvres, il ne saurait rien prouver non plus quant aux attributions légales des fabriques : il est universel et toléré : il est douteux qu'il soit conforme à la loi : la question a bien moins d'intérêt pour ces quêtes que pour les fondations, car il s'agit la plupart du temps de sommes minimales, et l'usage est si bien entré dans les mœurs, en même temps il est si respectable, qu'aller à l'encontre serait en pratique faire une assez mauvaise besogne. Mais en théorie pure la légalité en est très contestable (1). D'ailleurs, il y aurait quelque témérité à conclure du droit de faire des quêtes à celui de recevoir des fondations : dans le premier cas il s'agit de sommes à distribuer immédiatement ; dans le second, de capitaux dont le

1. *Contra* Sirey, 1884-1-145, avec une note de M. Labbé.

revenu seul doit être distribué ; la situation n'est donc pas la même (1).

Enfin, dire qu'il faudrait un texte pour retirer aux fabriques le droit de concourir au soulagement des pauvres, c'est aller à l'encontre du principe qui règle la capacité des personnes civiles.

Il y a dans les considérants de l'avis de 1873 un autre argument beaucoup plus fort, en faveur des prétentions des fabriques. Le voici. L'article 76 de la loi du 18 germinal an X porte qu'il sera établi des fabriques pour veiller à l'entretien et à la conservation des temples et à l'administration des aumônes. Ce n'est pas tout : l'article I du décret du 30 décembre 1809 contient la même expression. Or le mot aumône, dans son sens historique et traditionnel, ne comprend pas seulement les offrandes destinées à pourvoir aux frais du culte, mais aussi celles qui sont destinées aux pauvres. Voilà donc deux textes de loi qui attribuent aux fabriques la charge et par conséquent le droit de concourir au soulagement des pauvres et de recevoir des libéralités qui leur sont destinées.

Cet argument qui se tire du sens traditionnel du mot aumône est certainement très fort et de nature à faire beaucoup hésiter sur la question ; je ne le crois pourtant pas décisif. Que le mot aumône se soit appliqué dans le droit canonique aux offrandes faites aux pauvres (2), et que ce soit encore là son sens habituel, cela est indiscu-

1. En ce sens, Béquet, *Personnalité civile des diocèses, fabriques et consistoires*.

2. Voyez notamment le *Dictionnaire canonique* de Durand de Maillanes.



table, mais toute la question est de savoir si dans la loi de l'an X et le décret de 1809 il a le même sens. Or, tout considéré et impartialement examiné, cela est difficile à admettre. L'article I du décret de 1809 semble bien entendre l'aumône dans le sens de libéralité faite pour les besoins du culte : les fabriques sont chargées, dit ce texte, « d'administrer les aumônes et les biens, rentes et perceptions... et généralement tous les fonds affectés à l'exercice du culte », de sorte que l'expression générique « fonds affectés à l'exercice du culte », qui résume et contient toutes les autres, semble bien comprendre aussi les aumônes. Ce qui n'est, à la lecture de cet article, qu'une probabilité, devient une certitude à considérer l'ensemble des dispositions du décret. Prenons l'article 36, qui énumère les ressources de la fabrique, et les énumère toutes, même les plus minimes, sans exception ; si la fabrique était chargée de recueillir les offrandes destinées aux pauvres, les libéralités et fondations charitables, seraient comprises dans cette énumération ; il n'en est pas question : le paragraphe 2 parle, il est vrai, des fondations, mais de quelle sorte de fondations ? de celles dont l'objet rentre dans les attributions des fabriques, et nous nous demandons justement lesquelles. Il y a plus : on ne peut raisonnablement entendre le mot « fondation » que dans le sens qu'il a en d'autres articles du décret ; or, l'article 26 charge les marguilliers de veiller à l'exécution des fondations : il suffit de lire l'article pour se convaincre que c'est seulement des fondations pieuses, à charge de messes ou services religieux, qu'il entend parler.

L'article 37 énumère les charges de fabriques ; si les fabriques peuvent recevoir pour les pauvres, au nombre des charges qui leur sont imposées figurera celle de distribuer les sommes reçues et les revenus des fondations charitables, car pour les personnes morales il n'y a pas de droit sans devoir corrélatif ; elles n'ont des droits que pour l'accomplissement de certains services ; le droit ne va pas sans la charge. Or l'article 37 ne parle pas de la charge de concourir à l'assistance publique.

Enfin dans l'article 75 je crois trouver la preuve que la fabrique est absolument incapable de recevoir pour les pauvres. Tout ce qui concerne les quêtes dans les églises, dit cet article, sera réglé par l'évêque, sur le rapport des marguilliers. Si la fabrique pouvait recevoir pour les pauvres, ce serait principalement par ces quêtes, et si ces quêtes faites au compte de la fabrique ne peuvent pas être faites pour les pauvres, à coup sûr la fabrique ne pourra-t-elle pas administrer les biens d'une fondation charitable. La seconde partie de l'article nous montre précisément que les quêtes au profit des pauvres seront faites par les soins du bureau de bienfaisance, et non par ceux de la fabrique : « sans préjudice, ajoute-t-il, des quêtes faites pour les pauvres : lesquelles devront avoir lieu dans les églises toutes les fois que les bureaux de bienfaisance le jugeront convenable. » Cela me paraît décisif, les fabriques sont exclues du service de la charité publique : elles n'en ont pas la charge, elles n'ont pas les droits qui correspondent à cette charge.

Voilà le texte de la loi. Quant à son esprit, les partisans du droit des fabriques n'auraient nul avantage à

en faire un des éléments du débat. L'esprit général du législateur de l'époque ? Il est hostile aux personnes civiles, dont il tend à délimiter d'une façon précise et étroite les attributions. L'esprit qui présida aux rapports de l'Église avec la puissance séculière ? Il tend à renfermer l'Église dans sa fonction essentielle, qui est l'exercice du culte, à garantir les droits de l'État contre tout empiétement, à prohiber toute ingérence de l'influence ecclésiastique dans un gouvernement et une administration fondés sur les principes de la Révolution. L'esprit comme le texte de la loi nous conduisent donc à cette conclusion que les fabriques ne peuvent jamais recevoir et gérer les biens d'une fondation charitable : c'est l'office exclusif des bureaux de bienfaisance et des administrations hospitalières, de même que l'office exclusif des fabriques est de veiller à l'entretien des temples et de pourvoir aux frais du culte (1).

La jurisprudence inaugurée en 1873 a été renversée par

1. Quelques mots sur un dernier argument en faveur des fabriques. Portalis donnait au mot « aumône » le sens large qu'il a dans la langue courante (rapport adressé à l'empereur, le 16 décembre 1806), et sa qualité de rédacteur du Concordat lui donne autorité pour l'interprétation des textes concernant les droits de l'Église. On a répondu en opposant à l'autorité de Portalis celle de Chaptal, également rédacteur du Concordat (Béquet, *op. cit.*). A vrai dire ni l'une ni l'autre opinion n'était désintéressée. Portalis, ministre des cultes, soutenait les prétentions des fabriques. Chaptal, ministre de l'intérieur, soutenait celles des bureaux de bienfaisance. C'est toujours l'éternel « vous êtes orfèvre, Monsieur Jousse. »

un avis du 13 juillet 1881 (1), qui est revenu aux vrais principes en refusant aux fabriques, et d'une façon plus générale aux établissements publics religieux le droit d'accepter des fondations charitables (Sirey, lois annotées, 1881, pages 198 et suivantes).

Si maintenant, faisant abstraction de l'état actuel des textes, je compare, au point de vue législatif, les deux théories, celle de 1873 et celle de 1881, j'incline à penser que la première est préférable. Il y a là, en effet, un côté de la question dont je ne puis pas me défendre de dire un mot. Il faut se montrer libéral en ces matières, afin d'assurer la fidèle et sincère exécution de la volonté du fondateur, afin aussi de ne pas rebuter, par des règles étroites qui font obstacle à la réalisation d'intentions légitimes, l'esprit de philanthropie ou de charité, et de ne point tarir la source des œuvres de bienfaisance. Sans doute tant que la loi existe elle doit être obéie, mais on a le droit de juger qu'elle n'est plus en harmonie avec l'état des mœurs et des institutions. Les lois qui règlent la capacité des établissements publics religieux font partie d'un système gouvernemental établi sur des principes anti-libéraux ; le principe a changé, les lois qui en découlent, les conséquences ne devraient pas rester les mêmes. De plus, l'époque d'où datent ces lois fut une époque où se faisait la conciliation des partis, l'apaisement des passions, où dans la direction de tous les établissements publics un esprit uniforme dominait : la main qui menait la

1. Les tribunaux ont une jurisprudence qui semble fixée dans le même sens. Voir Sirey, 1875, 1, 467 — 1879, 2, 202 — 1882, 1, 153 — 1886, 4, 12.

machine, impartiale en sa rigueur, courbait sous le niveau de l'opinion moyenne et officielle les sentiments trop forts et les convictions trop ardentes, On ne saurait faire le même tableau de l'épôque présente : le sentiment religieux, pour ne parler que de celui-là qui seul nous intéresse au point de vue où nous sommes, est surexcité à juste titre en certains esprits, et ce n'est assurément pas la concorde qui règne entre les bureaux de bienfaisance et les fabriques. Or, c'est du sentiment religieux que sont inspirées un grand nombre des libéralités faites aux pauvres ; il est naturel que bien des gens veuillent choisir des établissements religieux comme distributeurs de leurs offrandes et gérants de leurs fondations, et beaucoup de catholiques préféreraient peut être ne pas donner plutôt que de donner par la main des bureaux de bienfaisance (1). Il est permis de regretter un pareil état de choses, mais c'est un fait dont il faut tenir compte ; il serait à la fois digne d'un gouvernement libéral et conforme aux intérêts des pauvres d'étendre les attributions des établissements religieux au-delà du cercle étroit où les avait enfermés l'autoritarisme impérial.

Un mot encore. En admettant que les fabriques puissent recevoir des fondations de bienfaisance, faudrait-il « *de plano* » reconnaître la même capacité aux autres établissements ecclésiastiques du culte catholique, comme les cures et les évéchés ? M. Ducrocq(2) a bien l'air de tirer

1. Ceci est de nature à se présenter surtout depuis la loi du 5 août 1879 qui a éliminé des bureaux de bienfaisance l'élément ecclésiastique.

2. *Op. cit.* Il p. 600.

cette conclusion : quelle que soit son autorité en ces matières, je ne puis voir là qu'une affirmation pure et simple, et si on part du principe de la capacité restreinte des personnes morales, il est impossible d'y souscrire : il faudrait un texte qu'on croit découvrir pour la fabrique, mais qui n'existe certainement pas pour la cure ni pour l'évêché.

La question est d'ailleurs sans grande importance, car la plupart du temps, quand le donateur aura désigné l'évêché ou la cure, son intention dominante aura été de faire passer sa libéralité par l'intermédiaire de l'autorité ecclésiastique, ce n'aura pas été d'exclure la fabrique au profit des autres établissements ecclésiastiques. Il n'y aura donc aucune difficulté à tenir la fondation pour valablement faite, et à en désigner comme bénéficiaire la fabrique : la question de l'attribution des biens, qui est la seule pratiquement intéressante en ces matières, ne se posera donc pas.

## § 2. — *Application aux fondations d'instruction.*

Le service de l'instruction publique, à ses divers degrés, est confié aux communes, aux départements, à l'État. Chacune de ces trois personnes civiles a donc capacité pour recevoir les fondations faites en faveur de la partie du service public dont elle est chargée.

On peut concevoir que des difficultés s'élèvent, lorsqu'un fondateur a gratifié telle ou telle partie du service de l'instruction publique sans désigner l'établissement, la personne civile, chargée de recevoir et de gérer les biens de la fondation, sur la question de savoir si c'est à l'État, au départe-



tement, à la commune, qu'il faudra attribuer compétence.

Une loi belge du 19 décembre 1864 a prévu les difficultés de ce genre et les a résolues à l'avance. Toutes les solutions que donne cette loi découlent d'un principe élémentaire : les biens de la fondation seront acceptés par celle des personnes morales qui est chargée du service gratifié. Ainsi l'enseignement primaire est à la charge de la commune ; si une fondation est faite en faveur de cet enseignement, ce sera la commune qui sera désignée pour la recevoir.

L'enseignement moyen se classe dans les athénées, les collèges, les écoles dites moyennes et les écoles professionnelles : ces établissements dépendent le plus souvent de l'État. Ils peuvent dépendre aussi de la province ou de la commune. Dans le doute sur l'intention du donateur, la fondation sera censée faite au profit de l'État ; elle sera adressée à la province ou à la commune si le fondateur s'en est clairement exprimé. C'est l'État qui est chargé de l'enseignement supérieur : c'est lui qui recueillera les fondations en faveur de cet enseignement.

Même principe pour l'enseignement spécial qui se donne dans les grands séminaires, dans les églises paroissiales et consistoriales (1).

Ces solutions n'ont, paraît-il, presque pas d'application pratique, en raison de la rareté des fondations d'instruction publique. Et ce qui est vrai en Belgique l'est aussi en France. Il y a bien un genre de fondations qui se rencontre assez fréquemment : ce sont les fondations d'écoles qui doivent être dirigées par des religieux

1. Pasinomie, année 1864.

et soumises à l'autorité ecclésiastique, qui par suite sont adressées aux fabriques, aux cures, aux évêchés ; mais les autres sont rares, et les rivalités entre l'État, les départements, les communes n'ont pas occasion de s'affirmer ; nos recueils de jurisprudence n'offrent pas de décisions qui fassent sentir l'absence d'une loi analogue à la loi belge de 1864.

Ce que la jurisprudence a souvent à résoudre, c'est la question de capacité des fabriques et autres établissements publics religieux au point de vue des fondations d'instruction publique. Ce n'est pas seulement par des libéralités faites aux pauvres que se manifeste la foi religieuse, mais souvent aussi par des libéralités destinées à alimenter un enseignement qui servira puissamment à la propagation des principes et des sentiments du fondateur. Des fondations de ce genre ont souvent été adressées aux communes et ont donné et donnent encore lieu à des questions intéressantes dont nous aurons à nous préoccuper. Il y en a aussi que le fondateur a adressées aux fabriques, aux évêchés, aux cures pour le culte catholique, aux conseils presbytéraux et consistoires pour les cultes protestants et israélites. C'est ainsi que s'est posée, soit devant l'autorité administrative, soit devant les tribunaux la question que j'annonçais ; devant l'autorité administrative car c'est à elle qu'est demandée l'autorisation d'accepter, et pour cette autorisation, le Conseil d'État est appelé à donner son avis ; devant les tribunaux, car les héritiers du fondateur ont intérêt à agir tantôt pour demander la révocation de la libéralité, en arguant de l'inexécution des charges imposées, quand l'établissement religieux n'a pas été autorisé à accepter la fondation,

tantôt pour demander la nullité de la disposition en arguant de l'incapacité de l'établissement gratifié, lorsque celui-ci est autorisé à accepter.

La jurisprudence du Conseil d'État a suivi, sur cette question, une marche parallèle à celle dont nous avons noté les étapes à propos des fondations charitables.

Jusqu'en 1873, le Conseil d'État déclarait les fabriques incapables de recevoir pour une fondation d'école; incapables aussi, dans le même ordre d'idées, de recevoir une maison destinée au logement d'un instituteur. Un avis du 30 juillet 1873, postérieur seulement de quatre mois à celui que nous avons analysé en parlant des fondations de bienfaisance, et conçu dans le même esprit, les déclare pleinement capables. La décision est étendue du même coup aux conseils presbytéraux et aux consistoires. Enfin un avis, ou plutôt deux avis en date du 13 avril 1881, l'un relatif aux fabriques, l'autre aux conseils presbytéraux du culte protestant, revient aux principes appliqués avant 1873.

C'est à cette dernière jurisprudence que je me range : l'incapacité des établissements religieux est ici bien moins douteuse encore que pour les fondations de bienfaisance. Dans aucun des textes relatifs aux fabriques il n'est question de la charge qui leur serait imposée de fonder ou entretenir des écoles, ni de concourir en quoi que ce soit à l'instruction de la jeunesse, de sorte qu'elles ne peuvent recevoir aucune fondation qui de près ou de loin serait relative à l'enseignement.

Quels peuvent donc être les motifs invoqués dans l'avis de 1873 ? Les considérants sont multiples, et il est visible

que dans l'embarras où le mettait l'absence d'un texte susceptible de justifier les prétentions des fabriques, le Conseil a cherché, de droite et de gauche, un peu partout, ce qui pouvait servir d'appui à une théorie qu'il jugeait bonne en pratique. « Considérant, est-il dit, que si la loi n'a imposé qu'aux autorités civiles l'obligation de créer et d'entretenir des écoles, aucune disposition n'interdit aux établissements religieux qui représentent les intérêts confessionnels d'un groupe d'habitants partageant les mêmes croyances, de veiller et au besoin de pourvoir à ce que les enfants de ces habitants reçoivent l'instruction. » Certes aucun texte n'interdit cela aux fabriques, mais aucun ne le permet, et le silence de la loi c'est ici l'incapacité de la personne morale en cause. Il suffit d'ailleurs que la fabrique n'ait pas l'obligation de concourir à l'instruction pour qu'elle n'en ait pas le droit, et la première phrase des considérants suffit ainsi à ruiner la théorie à laquelle ils tendent : je ne saurais trop insister sur cette idée que chez la personne morale la capacité n'existe que pour l'accomplissement du service imposé, la personne morale n'a pas de droits, elle n'a que des obligations, et là où l'obligation cesse, il ne saurait être question de droits.

Un autre argument est tiré en faveur des fabriques du droit reconnu aux établissements ecclésiastiques des cultes non catholiques de recevoir de fondations d'instruction ; en fait la plupart des consistoires subventionnent ou entretiennent des écoles, et possèdent des rentes ou immeubles qu'ils ont reçu dans ce but avec l'autorisation du gouvernement ; refuser aux fabriques le même droit

serait créer une infériorité injustifiable aux établissements religieux du culte de la majorité. Rien de bien décisif dans cette argumentation : il y aurait d'abord à examiner de près les textes qui, d'après l'avis susdit, confèrent aux consistoires et conseils presbytéraux le droit de fonder ou de subventionner des écoles ; ce droit n'est rien moins qu'incontestable, et nous verrons que le Conseil d'État le leur a dénié en 1881. Mais enfin cela importe peu : chaque catégorie d'établissements a sa capacité, dont on ne peut rien conclure à la capacité des autres. A la rigueur la différence entre les établissements du culte catholique et les autres se pourrait justifier par ce fait qu'à l'époque où les lois relatives à ces établissements ont été rendues le principe de la neutralité de l'école n'était pas en mis pratique, que la doctrine catholique était enseignée dans la presque totalité des écoles publiques ; le droit de fonder des écoles, accordé aux établissements du culte protestant, eût été pour les fidèles de cette confession une compensation à l'infériorité où cette situation pouvait les placer.

Rien dans l'avis de 1873 (1) ne justifie donc la capacité reconnue aux fabriques. L'avis du 13 avril 1881 (2) est au contraire inattaquable au point de vue des principes : toutes les lois relatives à l'enseignement public le mettent à la charge de l'État ou des communes ; ni la loi du 18 germinal an X, ni le décret de 1809 ne confèrent aux fabriques le droit de concourir à l'enseignement ; enfin le principe de la liberté d'enseignement ne s'applique qu'au

1. Dalloz, 1873-3-98.

2. Sirey, *lois annotées* de 1881. Page 198.

droit individuel des citoyens : l'article 17 de la loi de 1850 parle des écoles établies par les particuliers. Il n'en était pas besoin de tant de preuves accumulées.

La question ne fait donc pas de doute pour les fabriques ; elle en fait un peu plus pour les conseils presbytéraux du culte protestant, et tel (1) auteur qui refuse capacité aux fabriques la reconnaît à ceux-ci. C'est que pour eux on a cru trouver un texte où serait inscrit le principe de leur droit : c'est l'article 20 de la loi du 18 germinal an X, qui les charge, je le cite, « de veiller au maintien de la discipline. » Or la discipline est l'ensemble des règles qui servent aux protestants de règle de conduite extérieure : ces règles sont contenues dans une déclaration faite en 1572 dans le synode de La Rochelle ; cette déclaration mentionne pour les consistoires l'obligation d'entretenir des écoles qui soient livrées tout à la fois à l'enseignement des lettres et à celui de la religion. Les conseils presbytéraux ont donc l'obligation d'entretenir des écoles : cela est en germe dans l'article 20 de la loi de l'an X. Le Conseil d'État s'est approprié cette manière de voir en 1873 et l'a rejetée en 1881 (2). Je me contenterai de résumer les considérants de ce dernier avis. Le principe de l'obligation imposée aux conseils presbytéraux de veiller au maintien de la discipline ne peut pas produire des conséquences qui iraient à l'encontre des principes généraux de gouvernement inaugurés au commencement de ce siècle. Or le droit d'entretenir des écoles aurait constitué, au profit des conseils, une

1. Béquet, *op. cit.*

2. Sirey, *Lois annotées* de 1882, p. 356.



prérogative en contradiction avec les lois qui venaient de réorganiser l'instruction publique en France. L'instruction était confiée toute entière à l'Université investie d'un monopole; dans cet état de choses, il eût fallu, pour créer un droit qui eût été un privilège au profit des conseils presbytéraux, un texte plus explicite que l'article 20.

D'ailleurs l'article 8 de la même loi du 18 germinal applique aux églises protestantes les dispositions portées sur les fondations par les articles organiques du culte catholique. Or les établissements religieux de ce culte ne pouvaient pas recevoir des fondations d'instruction. Comment en aurait-il pu être autrement de ceux du culte protestant ?

M. Béquet, dans un ouvrage que j'ai cité, où il examine toutes ces questions, tient pour le droit des établissements du culte protestant. A ses yeux cette situation privilégiée est légitimée par l'ensemble de notre législation scolaire : la loi de 1830, en parlant de l'enseignement religieux qui se donne dans les écoles publiques communales, a entendu parler de l'instruction catholique : cette prédominance d'un culte dans les écoles publiques a son correctif dans le droit reconnu aux établissements des autres cultes d'entretenir des écoles où leur dogme sera enseigné.

Cette considération, qu'il est permis de croire déterminante de l'opinion professée par M. Béquet, ne saurait créer, dans l'état actuel des textes, un droit qui n'existe pas, mais elle a une grande valeur au point de vue législatif, et maintenant que les lois de 1882 et de 1886 sur

l'enseignement primaire, par la double laïcisation du programme et du personnel enseignant, ont enlevé au culte catholique la situation prépondérante qu'il avait dans les écoles publiques, on pourrait s'en emparer pour réclamer au profit des fabriques le droit reconnu par M. Béquet aux consistoires et conseils presbytéraux. La situation de tous les cultes est la même : ce que cette situation semblait légitimer pour l'un, elle le légitime aussi pour l'autre. Et d'une façon générale, je serais disposé à réclamer ici la même législation libérale que je demandais en matière de fondations charitables.

§ 3. — *De quelques questions sur les deux paragraphes précédents.*

Je ne voudrais pas quitter ce sujet sans parler, je ne dirai pas d'une théorie, car je ne l'ai nulle part rencontrée sous une forme bien précise, mais d'une idée, d'une conception plutôt ébauchée qu'érigée en doctrine, et dont j'ai trouvé la trace en plusieurs passages des discussions auxquelles donnent lieu les questions examinées plus haut : c'est que la capacité des personnes morales ne serait pas la même en toute occasion, qu'elle serait susceptible de se modifier, soit selon l'origine des biens donnés, soit selon le caractère d'œuvre privée ou d'œuvre officielle qu'affecterait la fondation. Cela est assez vague, je m'explique en énumérant les points de vue où j'ai rencontré la trace de cette idée.

Elle apparaît d'abord dans une note de M. Labbé, dans le Sirey, 1884, 1, 145. Il s'agit du droit exclusif reven-

diqué par les bureaux de bienfaisance de recevoir pour les pauvres. On peut soutenir, dit-il, que le bureau de bienfaisance est le seul intermédiaire de la charité faite avec les secours publics, mais pourquoi la charité privée ne pourrait-elle pas s'exercer par l'intermédiaire des établissements religieux ? Ainsi l'origine des sommes reçues réagirait sur la capacité de l'établissement donataire, et si les ressources officielles ne peuvent aller qu'aux organes légaux de l'assistance publique, les ressources fournies par la libre initiative des particuliers pourraient s'adresser à l'établissement choisi par le fondateur. Cela est bien difficile à admettre : la question est une question d'attributions légales de la personne civile, et on ne voit pas bien quel élément nouveau peut y apporter le fait que l'origine des ressources fournies est officielle ou privée. Dans la note où il met cette idée en avant, M. Labbé expose et réfute, d'une façon d'ailleurs décisive, une théorie qui tendrait à faire revivre le système de la Révolution en matière d'assistance, l'exercice de la charité privée étant interdit, sauf dans la mesure où le bureau de bienfaisance est admis à la faire et à recevoir dans ce but : ce qui créerait, à son profit, un monopole. Cette manière de voir est inadmissible, dit M. Labbé ; en tous cas, s'il y a un monopole, ce ne peut être que pour l'emploi des ressources officielles ; les dons privés vont où ils veulent. Parfaitement, mais encore faut-il que le destinataire soit capable : les libéralités privées peuvent bien aller à un particulier chargé de les distribuer, ce qui suffit à montrer que la charité est permise et que le bureau de bienfaisance n'est pas l'intermédiaire obligé entre

ceux qui donnent et ceux qui reçoivent ; et si le même rôle ne peut pas être joué par la fabrique, ce n'est pas que le bureau de bienfaisance y ait un droit exclusif, c'est que, étant données les attributions que la loi lui confie, la fabrique est incapable de remplacer le bureau de bienfaisance : la cause de son incapacité n'est pas externe, elle est purement interne ; peu importe donc l'origine des ressources.

La seconde apparition de l'idée signalée se fait dans une autre note de M. Labbé (Sirey 1882-2-97), à propos des fondations d'école : une commune ne pourrait-elle pas recevoir une libéralité destinée à la fondation d'une école soumise à un régime particulier, soustraite aux lois qui régissent l'instruction publique, une école libre enfin ? L'analogie n'apparaît pas tout de suite entre cette idée et la précédente. Et pourtant il s'agit au fond de questions semblables : il s'agit d'établir une distinction entre ce qui a le caractère officiel et ce qui a un caractère privé. C'est sans doute à ce point de vue que s'est placé un arrêt de la Cour de Grenoble (Sirey 1870-2-13) qui décide qu'un évêque a valablement pu accepter, comme représentant du diocèse, un legs destiné à la fondation d'une école libre : le diocèse, considéré comme personne civile, ce qui est déjà fort contestable, aurait le droit d'entretenir une école libre. Même idée encore dans la question de savoir si des écoles, pour la fondation desquelles une fabrique avait été autorisée à accepter la dotation offerte (1), étaient des écoles publiques ou libres : la dif-

1. Cela s'est produit en effet en quelques cas exceptionnels. Je citerai les décrets du 3 mai 1836, du 19 juin 1838, du 22 janvier 1867.

ficulté est indiquée, mais non résolue, dans un avis du Conseil d'État (1). En somme il ne s'agit de rien moins que de reconnaître aux personnes civiles dont je parle deux capacités distinctes, je dirai presque deux personnalités : l'une qu'elles auront à titre d'établissements publics, et qui sera limitée par la destination qu'elles ont reçue de la loi, l'autre qu'elles auront on ne sait pas au juste à quel titre, sur l'étendue de laquelle on nes'explique pas d'une façon précise, mais qui serait à coup sûr moins restreinte que l'autre. Ces deux sortes de capacités coexisteraient dans la commune qui pourrait à la fois entretenir une école publique, en vertu des lois sur l'enseignement, et des écoles libres ; dans les établissements publics religieux, qui à ce titre ne pourraient recevoir ni fondations de bienfaisance ni fondations d'instruction, mais qui le pourraient en dépouillant leur caractère officiel et en se présentant pour ainsi dire, comme simples particuliers. Rien n'autorise à admettre cette manière de voir (2). D'abord comment concevoir qu'un établissement public, qui fait partie intégrante de l'organisation administrative du pays, puisse fonder, entretenir un œuvre libre, placée par son caractère même en dehors de cette organisation ? N'y a-t-il pas incompatibilité ab-

1. Dalloy, 1873-3-98 en note.

2. Rapprocher l'hypothèse examinée par Laurent *op. cit.* XI : il s'agissait d'un legs fait à la ville de Bruxelles pour favoriser l'enseignement donné dans l'Université libre, on faisait intervenir cette idée, peut-être juste en une certaine mesure, que la commune est une personne morale naturelle, qui a la même capacité que les personnes humaines.

solue entre le caractère privé de l'œuvre et le caractère officiel de la personne civile? Mais laissons de côté cette contradiction dont il serait facile de développer les termes : à supposer qu'il n'y eût pas contradiction à parler d'œuvre privée fondée et entretenue par un établissement public, la question n'aurait pas fait un pas dans le sens d'une solution favorable aux droits de la personne civile, car il reste toujours le principe que la capacité des personnes civiles est telle que la loi l'a faite, et il n'y a aucun texte qui autorise les fabriques, pour prendre un exemple, à établir une école à titre d'école libre : on a voulu faire intervenir dans le débat l'article 17 de la loi de 1850 ; mais cet article ne concède la faculté d'ouvrir une école qu'aux particuliers et aux associations : les particuliers, on n'a jamais désigné ainsi les personnes civiles ; les associations, cela vise les congrégations religieuses vouées à l'enseignement, et les associations laïques qui seraient en vue du même objet reconnues d'utilité publique.

Concluons donc que les établissements publics ne peuvent en aucune façon sortir du cercle des attributions où les a enfermés la loi ; affectés à un service public pour l'utilité commune, ils ne peuvent jamais faire emploi de leurs biens que pour l'accomplissement de ce service, et ne peuvent aussi recevoir des libéralités que destinées à cet emploi.



SECTION III.

*De l'attribution des fondations adressées à un  
établissement incapable.*

Nous en avons fini avec les applications les plus intéressantes du principe qui règle la capacité des personnes civiles. Il est facile de se rendre compte que les règles qui en découlent sont en fait trop compliquées pour que les fondateurs s'y conforment : très fréquemment les fondations sont faites en faveur de personnes civiles qui ne sont pas capables de les recevoir. Que doivent devenir en pareil cas les biens donnés ou légués à une personne civile avec charge d'un emploi qu'elle ne peut pas faire ?

En principe à mon avis la règle est que les biens doivent faire retour à l'héritier, ou au fondateur lui-même s'il a agi par acte entre-vifs (1). Quand une libéralité manque son effet par suite de l'incapacité de la personne qui en devait être bénéficiaire, les biens restent dans le patrimoine du disposant. C'est ce qui se produit ici : l'établissement désigné n'a pu acquérir aucun droit, puisqu'il est incapable ; tous les droits sont restés entre les mains du fondateur ; il n'y a aucune transmission de biens d'un patrimoine à un autre.

1. Cette dernière hypothèse ne se présente pas : quand la fondation par acte entre-vifs est adressée à un établissement incapable, l'administration fait prévenir le fondateur, et celui-ci retire son offre.

Si la règle est l'attribution des biens au fondateur ou à ses héritiers, comme conséquence de la nullité de la disposition, cette règle n'est pas absolue. C'est ici le lieu de se souvenir qu'une disposition doit toujours être interprétée dans le sens où elle a toujours quelque effet plutôt que dans celui où elle n'en peut produire aucun. La chose essentielle en matière de fondation est d'assurer, autant que faire se peut, la fidèle et complète exécution de la volonté du disposant. Il ne faut pas s'arrêter à la forme extérieure de la disposition, s'en tenir aux termes souvent défectueux par lesquels il a voulu traduire sa pensée; l'expression peut ne pas se trouver adéquate à l'intention intime. Ce qu'il faut, c'est chercher le fond sous la forme, la pensée sous les termes qui l'enveloppent, l'intention intime sous les termes qui devraient la manifester clairement et qui en fait la voilent souvent; en un mot, c'est substituer à l'interprétation littérale l'interprétation large. On découvrira ainsi, en mainte hypothèse, que l'intention du fondateur n'était pas de gratifier l'établissement désigné par lui, mais de faire, avant tout, une libéralité en faveur du service, de l'œuvre, de la catégorie de personnes qui en dernière analyse auront le bénéfice de la fondation : il croyait trouver dans l'établissement par lui désigné leur représentant légal; sur ce point il s'est trompé. La fondation cependant ne sera pas considérée comme nulle, seulement on rectifiera l'erreur du fondateur, on attribuera les biens à l'établissement compétent.

Donc maintien de la fondation avec attribution des biens à une autre personne civile, telle est la règle à suivre

lorsque la volonté du fondateur aura été de ne point subordonner l'exécution de la disposition à la mise en possession de l'établissement désigné. Il y a des hypothèses où cela est d'évidence. Par exemple une somme destinée à la fondation d'un hospice est léguée à un bureau de bienfaisance ; rien ne peut faire supposer que le testateur ait eu une raison particulière de l'adresser au bureau de bienfaisance : il l'a désigné parce qu'il n'y avait pas encore de commission des hospices dans la commune ; la fondation sera maintenue, seulement on devra former une commission des hospices pour accepter le legs, le bureau de bienfaisance n'aurait pas qualité pour cela.

Mais cette attribution à une autre personne civile des biens donnés à une personne civile incapable de les recevoir, s'il faut la faire sans hésiter quand il apparaît clairement que la désignation faite par le fondateur a été pour lui chose accessoire, il faut au contraire se garder de la faire si la mise en possession de l'établissement désigné, à l'exclusion de tout autre, paraît être la condition essentielle mise à l'exécution de la libéralité et l'expression de la volonté dominante du fondateur. C'est qu'en effet attribuer les biens, en cette hypothèse, à une autre personne civile, c'est refaire un acte nul et méconnaître les droits que cette nullité a fait acquérir aux héritiers légitimes. Il importe donc d'agir en ces matières avec une prudence extrême ; il y a une limite difficile à discerner : rester en-deçà c'est faire prévaloir la lettre sur l'esprit de la disposition ; aller au-delà, c'est substituer à la volonté du fondateur celle de l'interprète.

La pratique administrative n'a pas toujours été fidèle ces principes. Le conseil d'État, antérieurement aux avis de 1873 qui ont reconnu aux fabriques le droit d'accepter des fondations de bienfaisance ou d'instruction, a eu à se prononcer sur les demandes des bureaux de bienfaisance et des communes, qui demandaient à être autorisés à accepter les fondations dont les fabriques étaient désignées comme les bénéficiaires. Or il posait en principe qu'à défaut des fabriques reconnues incapables, le bureau de bienfaisance ou la commune avaient le droit de revendiquer les biens. Décision parfaitement justifiée quand on l'applique en des cas où la volonté du fondateur a été avant tout et principalement de gratifier le service public d'assistance ou d'instruction, le choix de la fabrique comme bénéficiaire étant chose secondaire ; mais qui ne semble inacceptable dès qu'on veut l'ériger en principe et l'appliquer dans les cas même où elle va à l'encontre de la volonté du fondateur.

Les motifs de cette jurisprudence, on les trouve et dans les lois qui l'ont appliquée et dans les auteurs qui l'ont défendue. Un avis du 15 janvier 1837, qui autorise le bureau de bienfaisance à accepter aux lieu et place de la fabrique une fondation charitable, s'appuie sur les considérants que voici. « Toute libéralité en faveur des pauvres d'une commune doit être acceptée par le bureau de bienfaisance, il ne peut appartenir au donateur de modifier à son gré cette règle administrative et de conférer aux consistoires, aux cures, aux fabriques, dont les attributions se bornent au service du culte, le droit de repré-

senter les pauvres. » — Dans Vuillefroy (1), je lis ceci .  
« La qualité pour accepter résulte moins de la désignation faite par l'acte que de l'objet auquel il s'applique : le donataire véritable est le service public ou d'utilité publique. » Voilà la doctrine nettement formulée, l'attribution des biens à une personne civile autre que celle désignée n'est plus faite par interprétation large de la volonté du fondateur : c'est une règle impérative qui s'appliquera, si énergiquement que la volonté contraire du disposant ait été manifestée, à toutes les hypothèses : un avis du Conseil, du 4 mars 1841, est parfaitement logique et d'accord avec le principe posé en décidant que la fabrique ne pourra pas accepter seule la fondation charitable, cela alors même que le fondateur aurait fait de l'attribution à la fabrique la condition *sine qua non* de la libéralité.

Serrée de près, l'argumentation se ramène à ceci. Une fondation charitable profite toujours aux pauvres, quel que soit l'établissement désigné pour la recevoir ; ce sont donc les pauvres qui sont les véritables donataires ou légataires ; or ils ont un représentant légal, le maire ou le bureau de bienfaisance (2). La fabrique n'est pas le

1. *Traité de l'administration du culte catholique*, dons et legs, section 4, note 3.

2. Jusqu'en 1873, on considérait que le bureau de bienfaisance était, en principe, compétent ; le maire ne pouvait agir qu'à défaut de bureau de bienfaisance ; l'avis du 6 mars 1873 a renversé cette règle : le maire est le représentant légal des pauvres ; le bureau de bienfaisance ne peut accepter que les dons qui lui sont directement adressés.

véritable donataire ou légataire, ce n'est qu'un intermédiaire choisi pour faire parvenir la libéralité aux véritables gratifiés, les pauvres de la commune ; cet intermédiaire ne pouvait pas être choisi légalement : le représentant légal prendra sa place. Car il y a une libéralité adressée à un gratifié capable de recevoir, la catégorie de pauvres secourue, avec adjonction d'une condition illicite, la prise de possession et l'administration des biens par la fabrique. L'article 900 répute non écrite la condition illicite ; on ne fait que l'appliquer ici.

Même raisonnement, *mutatis mutandis*, pour les fondations d'instruction.

Le vice de l'argumentation est facile à découvrir. Il est tout entier dans l'abus de mots qui consiste à traiter de véritables donataires ou légataires les pauvres qui sont appelés à bénéficier de la fondation. Il est vrai, je le reconnais, que, dans toute fondation, ce n'est pas à la personne civile que va le bénéfice, le profit réel de la disposition ; c'est à une catégorie de personnes humaines, malades, indigents, orphelins, apprentis, auxquels sont distribués les revenus des biens confiés à la personne civile, ou qui tirent un avantage moral ou matériel de l'œuvre instituée. La personne civile n'est pour ainsi dire qu'un dépositaire, un mandataire ; elle est un instrument dont le fondateur se sert pour faire parvenir à ceux qui en ont besoin sa libéralité. Mais si en fait son rôle est celui d'un intermédiaire, elle est au point de vue juridique la seule donataire, désignée comme telle dans la disposition, accomplissant les formalités requises pour l'acceptation, devenant propriétaire des biens transmis par le fon-



dateur, obligée par contrat ou quasi-contrat envers le fondateur ou ses héritiers à faire des biens l'emploi prescrit, capable d'agir en justice pour soutenir ses droits et d'y être actionnée pour se voir condamnée à exécuter ses obligations : bref c'est en elle que se produisent tous les effets juridiques de la fondation. Quant à ceux qui sont dans la pensée du fondateur les véritables gratifiés, en droit il ne sont rien, ils ne jouent aucun rôle. Il se fait ainsi comme un triage des effets de la fondation : tout le bénéfice réel va, par dessus la tête de la personne civile instituée, à des personnes humaines — tous les résultats juridiques se produisent dans la personne civile.

A parler un langage correct, le véritable donataire est la personne civile. Si ce donataire est incapable, la disposition est nulle. On ne peut pas dire qu'on soit en présence d'une disposition faite au profit d'un donataire capable, avec adjonction d'une condition illicite ; on est en présence d'une disposition qui manque son effet en raison de l'incapacité du donataire.

Qu'importe, une fois la situation respective de toutes les parties en cause nettement établie, comme je viens de tenter de le faire, qu'importe la règle qui fait du maire ou du bureau de bienfaisance le seul représentant légal des pauvres ? Je sais bien que l'article 937 du Code et l'article 3 de l'ordonnance du 2 avril 1817 déclarent que les libéralités faites aux pauvres seront acceptées par le maire ; cela ne veut pas dire que toutes les fois qu'une libéralité sera faite en faveur des pauvres, le maire pourra se présenter et la revendiquer ; les deux textes ne préjugent en rien la solution de notre question. Leur signi-

fication est que la libéralité faite aux pauvres d'une commune, sans que le disposant ait désigné une personne civile au rôle de dispensatrice de ses bienfaits, ne sera pas nulle comme faite à personnes incertaines : elle sera adressée au représentant légal, sur la tête de qui viendront se fixer les droits et les obligations. Les pauvres ont un représentant légal, voilà tout le sens et toute la portée de l'article 937 et de l'ordonnance de 1817 ; ce représentant légal peut être écarté ; si à la place on a choisi un incapable, la disposition est nulle, mais cela ne fait pas que le représentant légal n'ait pas été écarté, et c'est un abus de pouvoir que de lui reconnaître des droits que la volonté seule du fondateur peut lui conférer.

Il est peut être cependant vrai de dire que dans l'hypothèse qui nous occupe il y a une disposition valable avec adjonction d'une condition illicite qui doit être effacée. Le fondateur a donné ou légué à la personne civile avec charge de faire des biens tel ou tel emploi — la personne civile gratifiée, la fabrique par exemple, n'est pas du tout incapable de recevoir à titre gratuit ; ce dont elle est incapable, c'est de donner aux biens reçus par elle la destination prescrite. De sorte qu'il y a en sa faveur une disposition parfaitement régulière, à laquelle est apposée une condition juridiquement impossible. Appliquons donc l'article 900 : la fabrique gardera les biens destinés à la fondation d'une école ou de pensions pour les pauvres — seulement la condition de fonder une école ou de servir des pensions aux pauvres se trouve, par son adjonction à une libéralité recueillie par la fabrique, contraire à la loi ; la fabrique ne sera pas tenue de faire des biens l'emploi

voulu par le fondateur : elle les emploiera au service qui rentre dans ses attributions légales, savoir l'entretien de l'église et du culte.—Voilà la solution où conduit la théorie dont le Conseil d'Etat fait l'application.

Et je ne vois pas clairement le moyen d'échapper à cette conséquence inattendue et dont la pratique n'a pas eu jusqu'ici à se préoccuper. La question ne s'est jamais posée qu'entre les deux solutions dont j'ai parlé plus haut : ou déclarer capable l'établissement gratifié, et alors il n'y a plus de difficulté — ou le déclarer incapable, et alors un décret intervient et lui substitue un autre établissement qui se trouve ainsi donataire ou légataire contre la volonté formelle du disposant. Je ne crois pas que le problème ait été posé ainsi dans ses véritables termes.

Pour me résumer, voici les trois façons dont peut se résoudre la question de l'attribution des biens. — La première consiste à déclarer la disposition nulle comme faite à un incapable : les biens rentrent alors, ou plutôt ils restent dans le patrimoine du fondateur ; exception est faite pour le cas où la désignation de l'établissement incapable n'a pas été un élément essentiel de la disposition, et où c'est se conformer à la volonté sagement interprétée du fondateur que de faire accepter la libéralité par l'établissement capable.

La seconde se ramène à considérer la libéralité comme adressée non pas à la personne civile, mais aux personnes humaines qui en fait sont les bénéficiaires réels de la fondation, à voir dans la désignation de la personne civile incapable une condition illicite, et à effacer cette condition, même déclarée de rigueur par le disposant ou

apparaissant comme l'élément essentiel de la libéralité.

La troisième se ramène comme la précédente à l'analyse de la fondation en une disposition valable avec adjonction d'une condition illicite ; seulement c'est la personne civile désignée qui est véritablement donataire ou légataire, c'est l'emploi des biens qui est la condition illicite : elle doit donc garder les biens sans en faire l'emploi prescrit.

De ces trois solutions, je repousse sans hésiter la seconde. Entre la première et la troisième je suis assez embarrassé de choisir. D'un côté ne peut-on pas dire : puisque la personnalité n'est conférée qu'en vue d'un but précis, et qu'en dehors de ses attributions légales la personne civile n'existe pas, c'est gratifier le néant que de gratifier une personne civile sans se renfermer dans les limites où elle est capable de recevoir ? — D'un autre côté, il est peut-être exagéré de considérer la personne civile comme incapable de recevoir ; elle n'est, semble-t-il bien, incapable que d'exécuter la condition.

Je ne considère pas qu'il y ait grand intérêt à prendre parti entre ces deux solutions : en effet, à mon avis, l'article 900, quelque portée qu'on lui donne, ne doit pas recevoir son application dans les cas sur lesquels nous raisonnons : l'emploi des biens, qui ne peut pas être réalisé par la personne civile donataire, constituait la cause juridique de la disposition, et le vice de la cause vicie l'acte tout entier : les biens devront faire retour au patrimoine du fondateur. De la sorte, les deux solutions aboutissent au même résultat pratique.

Les considérations théoriques épuisées, revenons à l'exa-

men de la pratique administrative suivie en ces matières. Le Conseil d'État, en refusant aux établissements publics religieux le droit de recevoir des fondations étrangères au service du culte, a cherché à atténuer les conséquences de cette décision, et imaginé dans ce but diverses combinaisons.

Un avis du 15 février 1837 reconnaît aux fabriques le droit d'intervenir dans la distribution des secours donnés aux pauvres. Le respect de la loi sera ainsi concilié avec l'exécution de la volonté du fondateur. En pratique, cette combinaison peut être excellente ; en droit, je ne la crois pas régulière. Du moment que la fabrique est reconnue incapable de recevoir des fondations charitables, toute intervention de sa part est illégale ; elle ne peut pas concourir au service de l'assistance publique : cette règle doit être obéie aussi bien dans son application à ce qui constituerait un concours indirect de la fabrique qu'à l'acceptation de la fondation qui est la forme directe de ce concours. L'administration du bureau de bienfaisance pourra à titre officieux prendre l'avis ou se soumettre au contrôle du conseil de fabrique : elle n'y sera pas juridiquement obligée. Je reviendrai sur ce point en parlant de la théorie des conditions illicites et impossibles dans son application aux fondations.

Un avis du 4 mars 1841 est venu accentuer le prétendu droit d'intervention accordé aux fabriques : les fabriques doivent accepter la fondation conjointement avec l'établissement chargé du service. Quant aux droits respectifs des deux établissements après l'acceptation, ils étaient assez mal définis. Un avis du 30 décembre 1846 apporta quelque

précision dans cette matière en agrandissant le rôle des fabriques au détriment du droit de l'établissement chargé du service. La fabrique aura la propriété des biens ; les titres de rente seront immatriculés à son nom ; l'établissement autorisé à accepter conjointement aura un droit de surveillance et de contrôle. Ce système est presque le renversement du système primitif de 1837, et équivaut à peu près, au point de vue pratique, à celui de 1873, puisque la propriété des biens est reconnue à la fabrique et que c'est elle qui a le rôle prépondérant dans l'exécution de la fondation. Aussi ne semble-t-il pas qu'il ait donné lieu à des réclamations de la part des fondateurs ou de leurs héritiers, pour inexécution des conditions. En 1863, nouveau changement de jurisprudence, par un avis du 24 janvier : le titre de propriété des biens devra porter à la fois le nom de l'établissement institué et celui de l'établissement chargé du service. Les titres de rente devront être immatriculés sous ce double nom. La propriété sera indivise et non plus attribuée exclusivement à la fabrique ; les droits deviennent égaux.

Les réclamations des intéressés s'élevèrent contre ce système. Les héritiers des fondateurs, ou refusaient la délivrance des biens légués, ou attaquaient le legs pour inexécution des conditions, et plus d'une fois les tribunaux prononcèrent la révocation des dispositions (1). Il est certain que ces décisions de la justice n'ont pas été sans peser d'un grand poids sur le Conseil d'État ; c'est pour éviter la révocation des libéralités entre les mains des bureaux de bienfaisance qu'il a été conduit, en 1873,

1. Sirey, 1870, 2, 13 ; Dalloz, 1873, 2, 227.



à reconnaître aux fabriques le droit absolu, sans restrictions, de recevoir les fondations charitables.

On voit les fâcheuses conséquences pratiques de la limitation étroite des attributions données par la loi aux personnes civiles, et les difficultés auxquelles on se heurte partout où la volonté du fondateur se trouve en opposition avec la règle légale. Les combinaisons que je viens d'indiquer sont des tentatives plus ou moins heureuses de conciliation : en réalité, la conciliation n'est pas possible. Préoccupée du désir de sauvegarder les intérêts de ceux qui seront les bénéficiaires réels de la libéralité, l'autorité administrative a été contrainte tantôt de violer la volonté légitime du fondateur, en autorisant l'acceptation par un établissement qu'il a formellement exclu, tantôt de violer la loi en reconnaissant aux établissements gratifiés une capacité qu'ils n'ont pas. Le seul remède à une situation sans issue serait que le législateur consentît à élargir les attributions des personnes civiles auxquelles les fondateurs adressent le plus volontiers leurs libéralités.

#### SECTION IV

*Des cas où la libéralité s'adresse à un établissement  
qui n'a pas encore la personnalité civile.*

Toutes les difficultés que nous avons eues à examiner jusqu'ici provenaient de l'incapacité de l'établissement gratifié à faire des biens l'emploi voulu par le fondateur. Il se peut que l'incapacité de l'établissement soit plus

profonde, que, tenant à ce qu'il n'est pas investi de la personnalité civile, elle fasse obstacle à l'acceptation de toute espèce de libéralité, quel qu'en soit le but. Une société formée pour un dessein charitable ou scientifique quelconque, existe de fait : des personnes se sont réunies, elles ont mis en commun certains biens, elles poursuivent de concert la réalisation de l'œuvre entreprise ; mais la société n'est pas encore reconnue d'utilité publique. Chaque associé pourra être individuellement gratifié à charge d'employer les biens reçus au fonctionnement de l'œuvre : mais la société comme telle ne pourra pas être gratifiée, puisqu'elle n'a point de personnalité distincte de celle des associés, partant point de patrimoine propre : elle ne peut jouer aucun rôle dans quelque acte juridique que ce soit. Pour être l'aboutissant d'un rapport de droit quelconque, il faut être : principe applicable aux personnes morales comme aux personnes naturelles, aux rapports de droit nés d'une libéralité comme à tous autres ; principe si simple que l'interprétation n'en doit, semble-t-il, donner lieu à aucune difficulté.

Des difficultés se sont élevées cependant, relatives à l'époque où l'existence juridique doit être donnée à l'établissement pour qu'il ne perde pas le bénéfice d'une disposition faite à son profit. Pour être capable de recevoir entre-vifs, dit l'article 906, il suffit d'être conçu au moment de la donation : pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur. Notre article dit : il suffit ; ajoutons, avec tous les auteurs : il faut. L'existence, au moment de la passation de l'acte, s'il s'agit d'une donation, au moment du

décès s'il s'agit d'un testament, est pour le gratifié la condition à la fois nécessaire et suffisante de son aptitude à recevoir.

En matière de donation, la règle s'applique sans contestation aucune. Il n'en va pas de même pour les dispositions testamentaires. Que faites purement et simplement, sans adjonction d'aucune modalité, elles ne puissent avoir pour bénéficiaire qu'une personne existant naturellement ou civilement au jour du décès, c'est ce qui résulte à l'évidence de l'article 906. Mais on a soutenu que cet article n'avait pas d'application aux dispositions faites sous la condition que l'établissement gratifié ne serait nanti des biens légués que le jour où il obtiendrait la personnalité civile. C'est Troplong qui est le principal défenseur de cette opinion, et cependant on peut relever chez lui une contradiction bien singulière. Il commence par examiner la question dans son application aux personnes naturelles, et reconnaît que la prohibition portée par d'Aguesseau en l'ordonnance de 1735 a été généralisée par l'article 906, que maintenant toute disposition testamentaire en faveur d'une personne non existante au jour du décès est nulle. Puis passant à l'examen de la question par rapport aux personnes civiles, il admet pour elles la validité des dispositions conditionnelles (1).

1. Troplong, II, n° 612. — L'ancien droit reconnaissait la validité des dispositions faites sous la condition « *si nascatur* » : voir Brodeau sur Louet, lettre D., som. 51. — Domat, livre III, partie III, titre 1, section 2, § 22. — Furgole, ch. 6, section 1, n° 6. — L'ordonnance de 1735, en son article 49, décide que l'institution conditionnelle ne vaudra plus, la règle de la rétrô

Comment se peut justifier la théorie de Troplong ? C'est, dit-on, que la condition suspend l'acquisition du droit, et que, si la capacité exigée doit se rencontrer au moment de cette acquisition, il n'est pas nécessaire qu'elle se rencontre auparavant. Je ne veux pas discuter longtemps cette théorie qui n'a plus guère de partisans : je me contenterai de résumer les arguments qu'on y a opposés.

D'abord le texte de l'article 906 est absolu : aucune trace n'y apparaît de la distinction qu'on veut faire entre les dispositions conditionnelles et les autres : une règle unique, posée dans des termes qui embrassent toutes les hypothèses.

D'ailleurs, s'il est vrai que la condition suspende l'acquisition du droit, cela n'est vrai que du droit envisagé dans la plénitude de ses effets ; mais il est certain que dès avant l'arrivée de la condition, il y a quelque chose d'acquis à la personne gratifiée, un commence-

activité n'étant pas applicable à une incapacité absolue, naturelle et essentielle : ni la fiction, ni la loi n'ont la force de vaincre la nature. Mais l'ordonnance ne prohibait pas les legs particuliers et fidéicommiss faits aux enfants à naître : « C'est que dans ce cas, dit d'Aguesseau, il y a toujours une personne existante qui recueille la succession et qui ne peut refuser d'accomplir dans la suite les conditions qui lui sont imposées, au lieu que dans le cas d'institution d'un héritier qui n'est ni né, ni conçu, l'institution porte entièrement à faux, et c'est en vain qu'on veut la ressusciter dans la suite, parce qu'il n'est pas possible de feindre qu'il a existé avant que d'être. » — Donc validité du legs, nullité des institutions, tel était le dernier état de l'ancien droit.

ment de droit, susceptible de produire certains effets, et réclamant, le cas échéant, certaines mesures destinées à le sauvegarder : ce droit, si imparfait qu'il soit, il faut une tête sur laquelle il puisse se fixer.

On peut aller plus loin ; jusqu'ici j'ai supposé que l'existence de la personne gratifiée pouvait être mise « *in conditione* » et montré que cela ne modifiait pas la règle posée. Mais il est fort douteux qu'on puisse considérer l'existence de la personne gratifiée comme un élément susceptible de jouer le rôle de condition. Il me semble que c'est un de ces éléments essentiels en l'absence desquels il ne peut pas y avoir de rapport juridique possible. Or la condition est une modalité apposée à un rapport juridique valable en lui-même et dont elle a seulement pour effet de suspendre et de subordonner à l'arrivée d'un fait quelconque l'efficacité. Du jour où la condition est accomplie, les effets jusque-là suspendus sont censés s'être toujours produits, il y a rétroactivité, et cela peut se concevoir puisque dès l'origine tous les éléments essentiels du rapport juridique se sont trouvés réunis. — Mais la présence d'un de ces éléments essentiels, présence subordonnée à un événement futur et incertain, ne peut pas être considérée comme formant condition. Il n'y a pas en ce cas un rapport juridique possible, même conditionnellement ; il y a un rapport juridique à la formation duquel il manque un élément essentiel ; et le jour où cet élément apparaîtra, le rapport juridique pourra sans doute se former, mais cela sans rétroactivité aucune.

Enfin s'il fallait un dernier argument contre une théorie qui ne résiste guère à l'examen, je le trouverais dans

une observation faite par M. Labbé (1). Admettre que l'article 906 n'a pas d'application aux dispositions conditionnelles, c'est admettre en dernière analyse qu'il n'en a aucune. Supposons la disposition conditionnelle valable : en vertu du principe que toute disposition doit être entendue dans le sens où elle a quelque effet, il faudra considérer comme subordonnée à la condition « *si nascatur* » toute libéralité adressée à une personne morale non existante : l'article 906 sera lettre morte.

Bien loin que l'article 906 ne soit applicable qu'aux dispositions pures et simples, je crois au contraire qu'il n'a été fait que pour les dispositions conditionnelles, ou plutôt qu'il n'avait besoin d'être fait que pour celles-là. Il est clair qu'il ne saurait être question de libéralités adressées purement et simplement à une personne non existante : pour concevoir la possibilité juridique de telles libéralités, il faut les supposer subordonnées à une condition expresse ou tacite. L'article 906 n'a donc pas à prévoir les dispositions conditionnelles : ce sont les seules pour lesquelles il ait un sens.

Ainsi il n'y a aucune exception à faire subir à la règle que la personne gratifiée doit exister au jour du décès du testateur. On a tenté d'ouvrir par une autre voie l'accès des libéralités qui leur sont adressées aux établissements parvenus à l'existence juridique seulement après

1. Sirey, 1870-2-145. Dans le sens de la nullité de la disposition même conditionnelle, voir encore Demolombe, XVII, n° 588 et 589. De Baulny, *Revue critique*, XIV, p. 237. Le Berquier, *Revue pratique*, VIII, p. 504. Dans l'ancien droit, Pothier, *Des don. test.* ch. III, sect. III, art. I.



le décès du fondateur. On ne prétend plus chercher des exceptions à l'article 906 : on s'en tient exactement à ses termes ; on assimile l'existence de fait qui pour l'établissement gratifié a précédé l'existence de droit, à la période de la vie utérine qui chez l'enfant précède la naissance : de même qu'il suffit à l'enfant d'être conçu au jour du décès pour être valablement institué légataire, de même il suffirait à l'établissement d'exister de fait (1).

On a fort bien répondu (2) à cette argumentation que la comparaison était inexacte en fait : la vie utérine est déjà pour l'être humain une véritable vie, où se manifestent les principales fonctions organiques, et qui conduit, par une évolution lente à la vie extra-utérine : celle-ci n'est que le développement de celle-là. Pour les personnes civiles l'existence de fait n'est rien : avant l'acte de l'État qui la crée, il pouvait y avoir des individus associés et agissant dans un but commun avec des ressources communes, il n'y avait à aucun degré un être moral distinct ayant un patrimoine indépendant. La comparaison fût-elle exacte en fait, il faut se souvenir que comparaison n'est pas raison, surtout en une matière comme celle de la personnalité civile, où tout est de rigueur, où tout ce qui n'est pas permis est défendu. Ce que la loi dit de la personne physique ne s'applique pas de soi à la personne morale.

Qu'importent après cela les considérations qu'on vient grouper autour de l'argument central ? On nous dit que refuser de tenir pour valables les dispositions faites au

1. Jacquier, *des communautés religieuses*, p. 25, et suiv.

2. Note de M. Labbé. Sirey, 1870, 2. 145.

profit de la personne civile non reconnue, c'est mettre obstacle à la reconnaissance même. On ne confère en pratique la personnalité qu'après justification par l'établissement qui la demande de ressources suffisantes pour assurer l'existence de l'être juridique qui sera créé : justification facile à faire si on maintient à son profit le bénéfice de dispositions antérieurement faites, très difficile souvent dans le cas contraire. Il y aurait iniquité, conclut-on à déclarer d'une part qu'on n'accorde la personnalité qu'à la condition de justifier de ressources suffisantes, d'autre part à tenir pour non avenues les libéralités qui ont précédé l'acte conférant la personnalité. — Iniquité si l'on veut, mais le reproche en remonte au législateur et ne va pas à l'interprète.

Tenons donc pour certain que l'établissement non reconnu au moment du décès du testateur n'a aucun droit sur les biens légués. N'y a-t-il cependant aucun moyen de lui faire parvenir, une fois investi de la personnalité, ces biens sur lesquels il ne peut acquérir aucun droit direct ? Je crois qu'on en peut trouver un. Le fondateur institue une personne capable, personne naturelle ou personne morale, peu importe ; il impose à ce légataire la charge de faire parvenir à la personne civile qui dans sa pensée est la véritable bénéficiaire, le jour où elle sera créée, les biens qui forment la dotation de la fondation projetée. La personne civile n'aura aucun droit sur ces biens, elle ne pourra intenter contre le légataire grevé aucune action ; la seule sanction de la charge imposée sera la révocation du legs en cas d'inexécution, révocation demandée par les héritiers légitimes.

mes du disposant. Ainsi on respectera l'article 906, puisqu'aucun droit ne sera né du testament au profit de l'établissement inexistant au jour du décès; et cependant le fondateur pourra atteindre son but. Toutefois il s'élève contre la légalité de ce procédé de graves objections : je ne veux pas les examiner ici. Nous rencontrerons plus loin une situation juridique identique, quand nous en viendrons à parler des fondations qui tendent à la création d'une personne juridique : c'est à ce moment-là que je me propose de traiter la question et de tenter une réponse aux objections très sérieuses qui ont été faites contre la solution ci-dessus indiquée.

---

## CHAPITRE II

### DÉS FONDATIONS QUI TENDENT A LA CRÉATION D'UN ÊTRE JURIDIQUE NOUVEAU

#### SECTION I.

*Ce mode de fonder n'est pas à la disposition des particuliers : l'État seul crée des êtres juridiques.*

##### § I. — *Exposition et conséquences du principe.*

1° Ce que sont les fondations qui se ramènent à une libéralité avec charge d'emploi adressée à une personne morale déjà existante, dans quelle mesure elles sont possibles, à quelles difficultés elles donnent lieu, nous l'avons exposé. Mais le fondateur peut avoir un autre but que de gratifier un établissement créé par d'autres que lui : il peut vouloir constituer sa fondation en entité juridique indépendante, créer une personne civile qu'il fera bénéficiaire de la libéralité.

Le préambule de l'ordonnance de 1749 parlait déjà de la grande disposition qu'ont les hommes à faire passer leur nom à la postérité avec le titre de fondateur ; rien n'est mieux fait pour flatter l'amour-propre que la création d'une œuvre en laquelle il semble que survive quel-

que chose de celui qui lui a donné l'existence. D'ailleurs quelques libéralités d'ampleur exceptionnelle ne peuvent guère se manifester autrement que par la création d'une personne civile qui leur servira d'instrument. Ainsi le donateur qui ne peut disposer que d'un capital de quelques milliers de francs fondera un lit dans un hôpital, une bourse dans un collège, une chaire dans une faculté; celui qui peut disposer d'une fortune entière fondera un hôpital, un collège, une œuvre enfin nouvelle et indépendante.

D'autres motifs encore peuvent pousser à l'emploi de ce mode de fondation — notamment le désir, soit d'échapper aux règles qui régissent l'administration des biens, la distribution des revenus dans les œuvres existantes, soit de soustraire sa fondation à l'esprit selon lequel sont dirigés les établissements de bienfaisance, d'instruction, entre lesquels on aurait à choisir. Ainsi tous les établissements publics sont soumis à une réglementation minutieuse et précise qui ne laisse que peu de latitude pour la réalisation des intentions spéciales et particulières des fondateurs. Il est vrai qu'à côté des établissements publics il y a des établissements d'origine privée, reconnus d'utilité publique, qui concourent à l'œuvre des premiers et qui sont beaucoup moins dans la main de l'État, qui agissent avec plus d'indépendance et de liberté d'allures. Mais ils sont en revanche créés dans un but plus restreint, en vue d'un objet plus spécial, selon des intentions et une direction d'esprit particulières qui coïncident rarement avec celles du nouveau fondateur. Aussi celui-ci est-il vivement sollicité d'organiser une œuvre qui soit

administrée et conduite au gré de ses vues personnelles.

Voilà un aperçu des motifs qui peuvent pousser le fondateur à vouloir la création d'une personne civile plutôt qu'une libéralité à une personne civile déjà existante. Comment cette volonté peut-elle être réalisée ?

II° Sur ce point un principe incontesté : c'est que nulle volonté individuelle ne peut donner la vie à une personne civile : seule a ce pouvoir la volonté collective des citoyens, représentée par l'État. Ce principe vient du droit romain : il a subsisté dans notre ancien droit, théoriquement du moins, car pratiquement il a reçu de nombreuses atteintes. Il est debout encore aujourd'hui. A vrai dire aucun texte de nos constitutions ni de nos lois civiles ne le proclame à titre de règle générale ; mais, s'il n'est écrit nulle part, dans maints textes il est implicitement reconnu et consacré (1).

D'ailleurs, pour que la volonté privée soit impuissante à créer un être fictif et à le faire sujet actif et passif de droits, il n'est pas besoin d'un texte portant prohibition expresse : il suffit que la loi ne lui confère pas cette puissance. Cela semble l'évidence même, surtout si l'on se remet en mémoire les idées et les conceptions dont étaient imbus les législateurs de nos Assemblées révolutionnaires et les rédacteurs de notre Code : l'homme n'a sur ses biens que des droits viagers ; son pouvoir de disposition s'éteint avec sa vie ; s'il peut tester c'est par une concession bienveillante de la loi : telle est notamment la doctrine pro-

1. Avis du C. d'État du 17 juin 1806. — Lois des 2 janvier 1817 et 24 mars 1825. — Ordonnance du 14 janvier 1831. — Loi du 3 juin 1835, article 1 et 6. — Loi du 12 juillet 1875.



fessée par Mirabeau dans un discours qu'il devait prononcer à propos de la loi de 1791, sur les successions, et qui fut lu après sa mort. On en retrouve la trace dans les travaux préparatoires de notre Code (1). Il n'en est pas de plus contraire à la disposition à perpétuité qui est l'essence de la fondation, et à laquelle la création d'un être juridique sert d'instrument.

Il y aurait beaucoup à dire sur le mode de création de la personne civile, qui n'est pas le même en toute hypothèse ; c'est ainsi que certaines personnes civiles ne peuvent être créées que par une loi, par exemple les établissements d'enseignement supérieur (2), d'autres au contraire peuvent l'être par simple arrêté préfectoral : tels les bureaux de bienfaisance (3). Mais je n'ai pas à faire ici la théorie générale de la personnalité civile. En notre matière, s'agissant d'œuvres de bienfaisance ou d'instruction émanées de l'initiative privée, l'acte qui les appelle à la vie juridique est en règle générale un décret rendu dans la forme des règlements d'administration publique. En théorie il y aurait sur ce mode de procéder discussion possible, et des auteurs ont en effet soutenu qu'une loi seule pouvait conférer la personnalité (4). Sous le régime de l'Édit de 1749, les gens de mainmorte ne pouvaient avoir d'existence légale qu'en vertu de lettres patentes enregistrées par le parlement, et on a fait remarquer que

1. Fenet, XII, page 510.

2. Loi du 18 mars 1880, article 7.

3. Loi du 24 juillet 1867, article 14.

4. En ce sens Laurent, *op. cit.*, *passim*. Sainctelette, *op. cit.* Le Berquier, *revue pratique*, 1857.

c'étaient là les formes employées pour la promulgation des actes les plus importants. Si l'Édit de 1749 ne peut pas s'appliquer aujourd'hui dans sa lettre, ne faut-il pas au moins s'inspirer de son esprit, et exiger pour la collation de la personnalité civile une forme plus solennelle que celle d'un simple décret? Il s'agit de créer un être fictif : n'est-ce pas là, au point de vue philosophique, étant données les attributions respectives des pouvoirs publics, une œuvre que le législateur seul peut accomplir? La question a peut être un certain intérêt en théorie, elle n'en a aucun dans la pratique, où il est admis, sans contestation aucune, que la reconnaissance d'utilité publique se fait en principe par un décret. Il y a d'ailleurs des lois qui ont consacré cette règle comme étant l'expression du droit commun : cela apparaît notamment dans les travaux préparatoires de la loi de 1875 sur l'enseignement supérieur.

Qu'un acte du pouvoir social soit indispensable pour conférer la personnalité civile, est-ce un principe rationnellement nécessaire? Une opinion très répandue, en France et en Belgique tout au moins, tient que c'est pour l'État une obligation étroite de ne jamais abdiquer son droit exclusif à la collation de la personnalité civile. On ne peut cependant pas s'empêcher de remarquer qu'à côté de nous il y a des pays où le principe contraire est posé, sans que l'ordre public ait à en souffrir : en Suisse, par exemple, l'article 716 du Code fédéral des obligations, en date du 14 juin 1881, porte ce qui suit : « Les sociétés qui ont un but scientifique, artistique, religieux, ou de récréation, ou tout autre but intellectuel, peuvent, en se

faisant inscrire sur le registre des communes, acquérir la personnalité civile, même dans le cas où elles n'auraient pas eu cette faculté d'après la législation cantonale. » Ainsi la personnalité est de droit moyennant l'accomplissement d'une pure formalité. En Allemagne, il y a une législation analogue, témoin ce passage de Puchta. « Celui qui veut donner des biens pour un but pieux ou utile, par exemple, pour les pauvres, les malades, les orphelins, les progrès de l'art ou des sciences, la propagation du christianisme, n'a pas besoin de faire entrer ces biens dans le patrimoine d'une personne existant naturellement ou civilement, avec la condition d'un emploi déterminé. Cette fondation utile est considérée comme un patrimoine subsistant par lui-même, et ayant en lui-même le sujet de son existence (1). » Et il paraît que ces constitutions de bien se font avec la plus grande facilité : sauf l'application de certaines lois spéciales, elles n'ont pas besoin d'être vivifiées par une autorisation du gouvernement ; quand cette autorisation est exigée, elle est de pur formalisme ; de sorte qu'en résumé la volonté seule du disposant suffit à établir une fondation comme personne civile. La société, d'ailleurs, ne reste pas désarmée : si le but poursuivi est contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, la disposition est regardée comme nulle, et ce qui a été fait est juridiquement inexistant (2).

On voit que ce qui passe chez nous pour un principe dont l'étroite observance est essentielle au maintien de l'ordre public, ne se rencontre pas en d'autres pays,

1. Puchta, *Pandecta*, page 27.

2. Lory, thèse de doctorat, page 165.

et que l'ordre public et les bonnes mœurs n'en reçoivent nulle atteinte. Toutefois la question du droit à la personnalité civile est trop complexe pour que je veuille la trancher ici : il me suffit d'avoir montré qu'on peut concevoir et qu'il existe en effet d'autres systèmes législatifs que le nôtre.

III. O Le rapide exposé de principes que je viens de faire peut se résumer en une phrase : le fondateur qui veut affecter ses biens à une œuvre de charité ou d'instruction, ou plus généralement à un but pieux ou utile, quel qu'il soit, sans les faire entrer dans le patrimoine d'un établissement déjà constitué, ne peut pas réaliser son intention par le seul effort de sa volonté : l'État seul peut créer la personne civile qui sera l'instrument de son dessein. L'intervention nécessaire de l'État, voilà ce qui distingue essentiellement notre législation de la législation allemande, par exemple, qu'on cite toujours en cette matière comme faisant contraste avec la nôtre. Mais l'intervention de l'État permet au fondateur de susciter des personnes civiles semblables à celles que connaît la pratique allemande : si elle constitue une différence essentielle, c'est aussi la seule qu'on puisse relever. Je m'explique sur ce point qui est assez délicat. On sait qu'il y a deux catégories de personnes civiles : celles qu'on nomme corporations, caractérisées par ceci qu'elles reposent sur une association, une agrégation de personnes humaines ; celles qu'on nomme, en prenant le mot dans un sens qui n'est pas celui que je lui ai attribué dans cette étude, des fondations ; la fondation ne suppose aucune société qui soit la base matérielle de l'abstraction juridique appelée

personne civile; elle suppose simplement une certaine quantité de biens consacrés à un but utile: c'est ce patrimoine même, indépendant de tout patrimoine qui appartiendrait à une personne humaine, qui est sujet actif et passif de droits, c'est lui qui est personne civile. Une société de secours mutuels, une association philanthropique, une congrégation religieuse, ce sont là des corporations: des personnes se sont réunies pour pourvoir à des intérêts communs, la personnalité civile apparaît comme le complément et le couronnement de leur association. Un hôpital, une caisse d'épargne, voilà des fondations proprement dites: point d'association, mais seulement un ensemble de biens, un patrimoine qui en quelque sorte est son propre maître. Sans doute dans la fondation nous voyons des personnes humaines qui ont un rôle à jouer: l'hôpital a sa commission administrative; la caisse d'épargne a son conseil des directeurs; mais ni de la commission administrative, ni du conseil des directeurs on ne dit que c'est une société: c'est seulement un rouage administratif indispensable qu'on pourrait très bien concevoir remplacé par un directeur unique, et cette simple remarque montre bien que l'idée de société n'a rien à faire ici.

Cette distinction de la corporation et de la fondation n'a chez nous aucune importance pratique, j'ignore s'il en est autrement en Allemagne, toujours est-il que les auteurs allemands y insistent beaucoup, et distinguent très nettement, de la personne civile basée sur l'association, la fondation qu'ils nomment *Stiftung*. Eh bien! et c'est là que je voulais en venir, il semble y avoir doute en

certaines esprits sur la possibilité en France, pour le fondateur, d'instituer une *Stiftung* ; certains auteurs paraissent exprimer cette idée qu'en France la seule forme que puisse revêtir la personnalité civile est celle de la corporation. Je trouve par exemple, dans le très intéressant travail que M. Seligman a consacré aux personnes morales, le passage suivant : « La corporation est l'association devenue personne morale ; quant à la fondation, qu'en Allemagne ont nommé *Stiftung*, elle suppose simplement une certaine quantité de biens consacrés à un but utile... Le droit français ne connaît pas la fondation (1) ». Et dans une thèse que j'ai déjà eu l'occasion et le plaisir de citer, celle de M. Lory, je lis ceci : « Pour faire de chacune de celles-ci (des petites fondations comme celles d'un prix, d'une bourse, etc.), un être de raison à part, il eût fallu forcément, la plupart du temps, reconnaître la possibilité de personnifier ou tout au moins de gratifier une simple idée... Or c'est là une conception à laquelle on ne s'élève pas encore en France d'une manière générale (2). » M. Lory est, on le voit, beaucoup moins affirmatif que M. Seligman ; mais c'est bien au fond la même pensée : en France on ne conçoit guère la personnalité civile que comme accordée à une association ; mais en faire l'instrument juridique d'une simple idée, d'une œuvre qui n'est point soutenue et poursuivie par une société, c'est une conception qu'on ne rencontre pas, dit M. Seligman, qu'on ne rencontre pas appliquée d'une

1. Seligman, création et extinction des personnes morales, pages 9 et 11.

2. Lory, thèse de doctorat, page 74.



manière générale, dit M. Lory. Si cela est vrai, ils'en suit qu'un fondateur ne peut que gratifier un établissement déjà existant ; car obtenir la personnalité pour une association ce n'est pas là ce qu'il demande quand il veut consacrer à un but utile une certaine quantité de biens : l'œuvre qu'il veut, avec l'intervention de l'État, appeler à la vie juridique n'est point destinée à avoir pour base une association : c'est un orphelinat, une maison de retraite, une caisse de secours : c'est bien la *Stiftung* allemande, un patrimoine affecté à une œuvre, et s'il est vrai que la personnalité civile ne puisse pas être accordée dans de telles conditions, le fondateur n'aura qu'une voie ouverte devant lui, il ne pourra que gratifier une personne civile déjà existante.

La pensée que je voulais exprimer en disant que l'intervention de l'État permet en France de faire ce que peut faire en Allemagne la volonté privée, c'était que le disposant peut demander et obtenir la personnalité civile, non pas seulement pour une œuvre qui aurait pour base une société, mais aussi pour une œuvre identique à ce que les Allemands nomment *Stiftung* : il peut faire une véritable fondation.

Au point de vue théorique d'abord, on ne conçoit pas pourquoi l'État ne pourrait pas personnaliser une fondation. Rien ne conduit à cette conclusion. Ce n'est pas l'ancien droit, car dans nos anciens auteurs on trouve en germe la distinction de la corporation et de la fondation : il y a là-dessus un passage de Domat qui est très significatif. « On peut, dit-il, considérer les hôpitaux comme une espèce de communauté, mais d'un caractère différent

des autres. Car au lieu que les autres communautés sont composées de personnes qui forment un corps dont chacune est membre, les hôpitaux sont des communautés où les pauvres, pour qui ils sont établis, n'ont aucune part..... Mais pour leurs biens, pour leur droits, pour leurs affaires, ils sont considérés comme des communautés qui tiennent lieu de personne, et qui peuvent acquérir et posséder des biens (1) ». Ainsi Domat sentait parfaitement la différence de l'hôpital ou hospice, qui est une fondation, à la communauté ordinaire qui se compose de personnes formant un corps, suivant son expression, et toutes les fois que des lettres patentes autorisaient la création d'un hôpital, c'était une fondation qui était créée. Ce n'est pas non plus l'examen des textes qui conduit à cette idée que la notion de fondation est inconnue en France. Des textes posant le principe du droit de l'État à conférer la personnalité, et le réglementant, nous n'en avons pas à vrai dire ; mais nous avons des textes sur le mode de création d'un grand nombre d'établissements publics ou d'utilité publique, qui sont bien de véritables fondations, c'est-à-dire des personnes morales indépendantes de toute association. Parmi les établissements publics, il faudrait les citer presque tous, car presque tous supposent simplement une masse de biens consacrés à une certaine œuvre, et nulle association de personnes humaines : bureaux de bienfaisance, hospices, fabriques. Parmi les établissements d'utilité publique je me contenterai de citer les caisses d'épargne et les monts-de-piété : un patrimoine qui n'est la propriété d'aucune association

1. Domat, *Droit public*, livre I, titre 18, page 191.

des personnes, qui est simplement la manifestation pratique, l'instrument matériel d'une pure idée devenue un être juridique, voilà ce que nous y voyons : c'est bien la conception de la fondation proprement dite. Aussi bien, lorsqu'on proclame l'idée de fondation inconnue en France, n'a-t-on certainement pas en vue les établissements qui sont prévus et organisés avec ce caractère par des lois spéciales. On se place dans l'hypothèse où il s'agit pour le disposant d'organiser un établissement en dehors des prévisions d'une loi spéciale, en faisant appel uniquement au principe général du droit de l'État à conférer la personnalité civile. Il n'en est pas moins vrai qu'il y a grand intérêt à noter l'idée de fondation couramment reçue et à plusieurs reprises appliquée par le législateur. Ce que font des lois spéciales, pourquoi l'État ne pourrait-il pas le faire en vertu de son pouvoir général de créer des personnes civiles ? Par exemple, je donne cent mille francs à une commune pour établir un hôpital : ma libéralité aboutira à une vraie fondation sous forme d'établissement public communal ; pourquoi un décret ne pourrait-il pas créer cette fondation comme établissement d'utilité publique, sans la rattacher à l'administration communale ?

Ainsi, au point de vue théorique, quand on recherche les prémisses logiques de la formule « l'idée de fondation est inconnue en France », on ne trouve rien de précis ni de satisfaisant. Mais c'est assez raisonner en théorie. Dans cette matière il n'y a pas à proprement parler de principes ni de théorie, il y a seulement une pratique administrative ; il est assez inutile de rechercher ce qui doit être ou ce qui peut être, il faut savoir ce qui est en fait. Or en

fait l'État reconnaît comme établissements d'utilité publiques des œuvres qui ne reposent pas sur une association, des œuvres que constitue simplement une certaine masse de biens affectés à un but quelconque, des fondations au sens le plus technique du mot. M. Lory a dans sa thèse cité, comme types de fondation proprement dite, une Caisse de subsides créée pour les étudiants du Gymnase et de l'Université de Genève, et la fondation Bluntschli, créée en Allemagne pour organiser des concours de droit international. Je vais reproduire leurs statuts dans ce qu'ils ont d'essentiel, et il sera facile de montrer ensuite qu'il y a en France des œuvres absolument semblables.

Voici les statuts de la caisse de subsides pour les étudiants Gênois.

ARTICLE 1. — Il sera constitué par l'État un fonds inaliénable de 50,000 francs en faveur d'une fondation pour les étudiants gênois...

ARTICLE 3. — Le capital de la fondation pourra s'accroître de legs ou donations.

ARTICLE 4. — Le capital sera géré par un Comité de sept membres élus tous les quatre ans. Deux membres seront nommés par le Conseil d'État, trois par le Sénat universitaire et deux par le gymnase...

ARTICLE 8. — En cas de dissolution de la fondation, son capital sera de plein droit acquis à la Caisse de l'État.

Voici ceux de la fondation Bluntschli.

ARTICLE 1. — La fondation a pour but de faire progresser la science du droit international et celle du droit public en général par des concours.

ARTICLE 2. — La fondation a son siège à Munich..

ARTICLE 4. — Le Conseil est composé de trois membres élus pour la première fois en 1883 par le Comité fondateur..., et ensuite par cooptation, et de telle sorte que chacune des Facultés de droit de Zurich, de Munich et de Heidelberg soit autant que possible représentée dans le Conseil ; d'un membre désigné pour une période de trois années par l'Institut de droit international ; et un membre résidant au siège de la fondation, nommé par les susmentionnés. . . . .

ARTICLE 14. — L'avoir de la fondation se compose :

1° Des sommes qui ont été recueillies par les membres du comité fondateur.

2° Des libéralités faites à la fondation par donation ou à cause de mort.

3° Des intérêts non employés du capital de la fondation.

Ce sont là deux types de fondation. Le patrimoine affecté à l'œuvre choisie a en quelque sorte par lui-même une existence juridique, ce n'est pas le patrimoine d'une association.

Je dis qu'en France on rencontre des institutions identiques.

Il y a d'abord toute une série d'établissements, très nombreux, organisés par simple décret et sans qu'une loi spéciale en ait prévue la création, qui rappellent de très près la Caisse de subsides pour les étudiants genevois. Ce sont les différentes caisses de secours organisées pour les besoins les plus divers. Par exemple un décret du 18 juin 1860 a créé la caisse des offrandes

nationales en faveur des armées de terre et de mer. Je n'en parlerai que pour mémoire, parce qu'elle est devenue maintenant un véritable établissement public, rattaché intimement à l'État. J'insisterai davantage sur les nombreuses caisses de secours au profit des prêtres âgés ou infirmes, établies dans la plupart des diocèses : leurs statuts sont tous faits sur le modèle de ceux-ci, que je cite à titre d'exemple (1).

ARTICLE 1. — Il est établi dans le diocèse d'Oran une caisse de secours pour les prêtres âgés ou infirmes.

ARTICLE 2. — Il sera formé pour l'administration de cet établissement un bureau ainsi composé : 1° l'évêque président ; 2° le vicaire général, vice-président ; 3° un chanoine ; 4° le curé de la cathédrale ; 5° un curé desservant de première classe ; 6° un curé desservant de deuxième classe ; 7° un vicaire ; 8° un secrétaire. Tous les membres du bureau sont à la nomination de l'évêque, et révocables par lui.

ARTICLE 5. — Les ressources de la caisse se composent : 1° des arrérages des rentes provenant des offrandes antérieures du clergé ; 2° des souscriptions volontaires des ecclésiastiques du diocèse ; 3° des dons des simples fidèles ; 4° des biens meubles et immeubles qu'elle peut être autorisée à acquérir ou à recevoir ; 5° du prélèvement du huitième du produit de la location des bancs, chaises et tribunes dans les églises.

Un patrimoine revêtu de la personnalité civile, voilà ce qu'est cette caisse : c'est bien la fondation.

1. *Bulletin des lois*, partie supplémentaire, série XI, tome 4 page 1353, décret du 28 mars 1872.



Mais, dira-t-on, ce n'est pas là un genre d'établissements tels qu'un particulier peut avoir la pensée d'en créer. Montrez-nous des orphelinats, des hospices, des écoles, reponnus, comme cette caisse, d'utilité publique, ne reposant pas sur une société comme beaucoup d'œuvres charitables ou scientifiques, constituant enfin des fondations. En voici quelques exemples qui prouvent que la pratique administrative consacre l'idée de fondation.

Voici d'abord un décret du 26 août 1870 (1) qui reconnaît comme établissement d'utilité publique un orphelinat institué dans le canton de Thann. Une souscription avait été faite, comme pour la Fondation Bluntschli : le capital ainsi réuni servit à l'acquisition du terrain et à la construction des bâtiments. L'œuvre ainsi matérialisée et rendue visible pour ainsi dire est revêtue de la personnalité civile. La seule inspection du décret et des statuts y annexés montre qu'on est en présence d'une fondation proprement dite : nulle société n'apparaît comme propriétaire du patrimoine constitué par souscription. L'article I du décret est ainsi conçu : « L'œuvre fondée à Thann avec le produit de la souscription ouverte dans cette ville et dans le canton est reconnue d'utilité publique sous le nom d'orphelinat du canton de Thann. » Il est vrai que le mot œuvre n'est pas suffisamment explicite, car bien souvent, en cette matière, œuvre s'entend d'une société, d'une réunion de personnes agissant dans un but commun ; on trouve souvent des phrases comme celle-ci : l'œuvre comprend toutes les personnes qui..... Mais ici rien de semblable. On aurait pu

(1) *Bull. part. supp.*, série XI, t. 36, page 304.

croire que les souscripteurs se constitueraient en association, et que cette association serait munie de la personnalité civile ; il n'en est rien. L'assemblée générale des souscripteurs apparaît une seule fois, au début, pour former un Comité permanent de cinquante membres qui se renouvellera lui-même (1) ; puis son rôle achevé, elle disparaît. Nous restons en face de l'œuvre, c'est-à-dire du patrimoine même constitué en entité juridique, et de ce comité non pas propriétaire, mais administrateur. Le mot société n'est pas écrit une seule fois dans les statuts. L'Orphelinat de Thann est bien une fondation.

Autre exemple : La fondation Chabrand-Thibault, hospice privé établi à Corneilles-en-Parisis (Seine-et-Oise) en faveur des vieillards indigents des deux sexes, reconnu d'utilité publique par un décret du 24 février 1869 (2). Ici encore on ne rencontre qu'une certaine quantité de biens détachés de tout patrimoine privé et affectés à un service charitable. En exécution du désir de sa femme, née Chabrand, décédée, M. Thibault a disposé d'un capital suffisant pour créer et entretenir l'hospice. Ce n'est pas un établissement communal, le décret dit : hospice privé. Nulle association ne sert de base à la personnalité civile. L'administration est confiée à un comité de quatre membres, nommés pour la première fois par le fondateur, qui a désigné le maire, le curé, le notaire et l'adjoint : ce comité se renouvelle lui-même.

Une œuvre analogue a été fondée à Strasbourg sous le nom d'hospice Eliza, et reconnue d'utilité publique par un

1. Article 9 des statuts.

2. *Bull. des lois*, partie sup., tome 33, série XI, page 488.

décret du 27 avril 1839 (1). Mêmes caractères que ceux relevés précédemment. L'hospice n'est pas un établissement public communal ; ce n'est pas, non plus, un établissement dépendant du consistoire israélite qui a seulement le droit de présenter à la nomination du préfet les membres du comité d'administration (2). C'est une œuvre privée, revêtue de la personnalité civile, mais ne reposant pas plus sur une société que n'y repose un hospice communal.

Ces deux exemples sont particulièrement intéressants en ce qu'ils nous montrent la possibilité pratique pour un fondateur de créer une œuvre hospitalière semblable aux hospices et hôpitaux dont fait mention notre ancien droit : je veux dire une œuvre qui ne soit pas administrée par la commission administrative qu'institue la loi du 16 vendémiaire, an V, mais qui ait son administration propre et indépendante. Le caractère d'œuvre indépendante a surtout son intérêt au point de vue des droits que le fondateur peut réserver à lui-même ou à ses héritiers dans l'administration. A propos de l'application à notre matière de la théorie des conditions et charges illicites, j'aurai, plus tard, l'occasion d'insister sur un décret du 31 juillet 1806 qui enferme en d'assez étroites limites les droits qu'il est permis aux fondateurs de se réserver. Le décret n'est pas applicable aux établissements indépendants dont je viens de parler : ainsi dans la fondation Chabrand-Thibault le comité d'administration est nommé, pour la

1. Même série, tome 13. p. 1115.

2. Article 3 des statuts.

première fois, par le fondateur : cela serait impossible dans un établissement communal.

Voilà trois exemples de fondation proprement dite : de même qu'un philosophe antique démontrait le mouvement en marchant, de même des faits précis démontrent que la conception de la *stiftung* allemande est chez nous connue et appliquée.

Je pourrais encore analyser d'autres documents renfermant l'expression et présentant la réalisation pratique de la même idée. Mais cette analyse, qui se ramènerait toujours aux mêmes termes, serait d'une désespérante monotonie, je me contenterai de renvoyer aux statuts de ces différentes œuvres (1). Il en est cependant une qui mérite une mention spéciale, à cause de son ampleur exceptionnelle. Je veux parler de la fondation Rothschild. La fondation Rothschild comprend : une maison de secours pour les malades, un service spécial pour les incurables, une maison de retraite pour les vieillards des deux sexes, un orphelinat. Elle a débuté dans la vie juridique sous forme de donation adressée au consistoire israélite. Par acte en date du 7 avril 1852, James de Rothschild fit don au consistoire d'un hôpital par lui construit, rue Picpus, à la condition que cet hôpital recevrait à perpétuité des malades et des vieillards israélites. L'œuvre s'agrandit peu à peu et reçut les déve-

1. Voyez l'institution des jeunes aveugles de Nancy, bull., série XI, tome 26, p. 174. — L'orphelinat de Metz, même série, tome 34, p. 33. — L'orphelinat de Ham. tome 14, p. 49. — La maison de santé protestante évangélique de Nîmes, série XII, tome 4, p. 901.

loppements successifs qui en font aujourd'hui un des établissements hospitaliers les plus largement dotés qui soient. C'est la nouvelle jurisprudence du conseil d'Etat qui a conduit à en faire une fondation indépendante : j'ai parlé de cette jurisprudence qui refuse aux établissements publics religieux le droit de recevoir des libéralités destinées à la bienfaisance. Dans ces conditions on jugea qu'il fallait donner à la fondation Rothschild une personnalité propre et rompre les liens juridiques qui l'attachaient au consistoire. Un décret du 8 avril 1886 l'a reconnue comme établissement d'utilité publique. Là encore la personnalité n'appartient pas à une association, elle appartient à l'établissement même. Cela apparaît clairement à la lecture des statuts : — article 1. « La fondation de Rothschild, créée en faveur des jeunes israélites de la circonscription consistoriale de Paris, comprend : (ci-joint l'énumération que j'ai faite plus haut). Elle a son siège à Paris. »

Il est vrai qu'à la différence de l'établissement dont j'ai tout-à-l'heure analysé les statuts, il est question ici d'une Assemblée générale qui se réunit chaque année et qui nomme huit membres sur onze du Conseil d'administration (1). Mais il ne suffit pas qu'une Assemblée générale de souscripteurs et de bienfaiteurs apparaisse, et joue un rôle dans l'administration de l'œuvre, pour qu'on puisse dire : cette Assemblée constitue une société, et c'est cette société qui est personne morale. Encore faut-il que les termes et la disposition d'ensemble des statuts se prêtent à cette interprétation : or ici ils y résistent absolu-

1. Articles 2 et 11 des statuts.

ment. Toutes les fois que l'œuvre reconnue d'utilité publique est une société, un certain nombre de formules sont inscrites dans les statuts, assez claires pour ne laisser aucun doute sur la nature de la conception réalisée. Ainsi, et je prends cet exemple entre mille, il existe à Paris un comité de bienfaisance israélite, reconnu d'utilité publique par décret du 26 janvier 1887 : dès la première ligne du premier article des statuts, on sait qu'il s'agit d'une société élevée au rang de personne morale : article 1 — « La société dite comité de bienfaisance israélite a pour but... » L'article 2 n'est pas moins explicite : « La société se compose de membres souscripteurs, de donateurs et de fondateurs. » Aucune de ces formules ne se retrouve dans les statuts de la fondation Rothschild : le mot société n'y est pas une seule fois employé ; on n'y lit pas : « L'œuvre se compose de membres donateurs, souscripteurs, etc., » mais bien : « la fondation comprend une maison de secours, un orphelinat, etc., » — Les deux conceptions différentes de la personnalité civile s'opposent nettement l'une à l'autre dans la fondation Rothschild et dans le comité de bienfaisance israélite (1).

Tous ces développements nous permettent de ramener à sa portée exacte et précise l'affirmation que l'idée de fondation est inconnue en France. Rien n'est moins contestable si l'on entend par là que le fondateur ne crée pas la personne civile par le seul pouvoir de sa volonté. Rien n'est moins exact si l'on entend que notre droit ne s'est

1. Je ne veux pas quitter ce sujet sans adresser ici mes remerciements à M. Kahn, secrétaire du consistoire israélite, à l'obligeance de qui je dois tous ces renseignements.



pas élevé jusqu'à la conception d'une personne civile indépendante de toute association : cette conception est connue et réalisée.

IV. — Que l'impuissance de la volonté privée à conférer la personnalité civile, ne soit pas un obstacle à l'existence de fondations proprement dites, il n'en est pas moins vrai que la nécessité d'une intervention de l'État a pour effet de rendre l'établissement de ces fondations bien moins facile que sous les législations qui concèdent aux particuliers une large faculté de disposition. Et de fait les fondations sont chez nous assez rares. L'État use de son droit absolu avec rigueur ; ce n'est pas d'une main bien généreuse qu'il dispense la personnalité civile : il s'est introduit dans la pratique administrative des règles qui en rendent l'obtention malaisée. En général un établissement n'est reconnu d'utilité publique que s'il a fonctionné durant un temps plus ou moins long, et fourni par sa prospérité la preuve des services qu'il peut rendre et de la vitalité qu'on en peut espérer. Cependant ce n'est pas là une règle absolue ; lorsque l'œuvre projetée est assurée dès le début d'une dotation suffisante, elle peut immédiatement obtenir la personnalité et naître à la vie juridique sans qu'on lui impose le stage d'une existence de fait (1). Mais il y a une autre règle dont l'observance est absolument stricte : la personnalité civile n'est accordée qu'aux établissements qui ont une certaine ampleur, aux œuvres qui ont un certain caractère de généralité. Il se peut qu'une œuvre soit utile, ne soulève aucune récla-

1. Voyez par exemple *Bulletin des lois*, série XI, partie supplémentaire, tome 33, page 488 et tome 36, p. 304.

mation de la part des héritiers légitimes du fondateur (1), soit en tout respectueuse des lois civiles et politiques, et que cependant la personnalité lui soit refusée parce qu'en raison de la spécialité du but, du petit nombre de ceux qui doivent en profiter, elle n'aura pas semblé mériter qu'on la considère comme étant d'utilité publique. Un hospice, un orphelinat, une caisse de secours, un institut seront investis de la personnalité : s'agit-il de fondations de prix, de messes, de bourses, on ne les autorisera qu'à titre de libéralités faites à un établissement existant, non comme entités juridiques devant avoir leur vie propre. L'État aurait sans doute le pouvoir de le faire, car nulle loi ne fixe la limite au-dessous de laquelle l'importance d'une œuvre est trop minime pour qu'elle puisse aspirer au titre d'établissement d'utilité publique ; et d'ailleurs qui pourrait fixer cette limite ? Si spéciale que soit la destination d'une œuvre, si restreinte que soit la catégorie des bénéficiaires on peut toujours dire qu'en un certain sens elle est d'utilité publique, car l'utilité publique n'est qu'une somme d'utilités privées ; et toute fondation qui concourt, pour si faible part que ce soit, à l'assistance ou à l'instruction, ou à l'une quelconque de ces œuvres d'utilité sociale qui ne peuvent être accomplies que grâce à l'aide prêtée à l'État par l'initiative privée des citoyens, a le droit d'être considérée comme étant d'utilité publique. Mais enfin ce

1. L'ordonnance du 14 janvier 1831, en son article 3 commande que nulle acceptation de libéralité par une personne morale ne soit autorisée sans que les héritiers du testateur aient été entendus. L'administration s'inspire en notre matière de l'esprit de cette ordonnance.

que l'État pourrait faire, il ne le fait pas : la personnalité civile n'est pas monnaie courante, il n'en est fait qu'un usage parcimonieux. Ainsi il y avait dans notre ancien droit un assez grand nombre de fondations de bourses dites bourses de familles, qui étaient de véritables personnes civiles : telle par exemple la fondation établie en 1631, par le curé de Ruette pour l'établissement de quatre bourses d'études au profit des enfants de sa famille (1). De semblables institutions ne se rencontrent plus dans notre droit moderne (2).

Ce sont là des entraves sérieuses à l'établissement des fondations. Il y a en une autre qui tient, non plus à des traditions de pratique administrative, mais à un principe juridique : la fondation ne peut dériver directement que d'un acte entre-vifs, on ne peut pas fonder par testament. Comment les choses se passent-elles, en effet ? La fondation s'analyse en deux actes : création d'une personne civile par l'État, attribution à cette personne civile du patrimoine que lui constitue le fondateur. Ceci posé il est bien facile de comprendre que la fondation par testament est impossible.

Celui qui consent à se dépouiller actuellement et par conséquent à faire retomber sur lui-même, et non pas seulement sur ses héritiers, les conséquences de la dimi-

1. Voyez là-dessus une très-intéressante thèse de M. Jacquemaire.

2. Elles ne sont d'ailleurs pas à regretter : la peinture faite par M. Jacquemaire des abus constants auxquels donnaient lieu les fondations de Ruette et de Xonville n'est pas pour encourager l'État à en autoriser de semblables.

nution de son patrimoine, fera les démarches nécessaires pour obtenir du gouvernement la reconnaissance d'utilité publique à l'œuvre qu'il veut instituer, et, le jour où il obtiendra le décret de reconnaissance, l'acte de donation sera joint au décret, qui portera en même temps autorisation à la personne civile d'accepter la libéralité. Mais celui qui ne consent à se dépouiller que par testament ne pourra pas atteindre le but visé : son testament manifeste la volonté qu'une personne civile soit créée ; le gouvernement, je le suppose, prend acte de cette volonté, rend un décret et crée la personne civile : elle ne pourra réclamer aucun droit sur la succession du fondateur, puisqu'elle n'existait pas au moment où le testament a produit son effet, au décès. La question se pose, au point de vue juridique, exactement comme dans l'hypothèse examinée plus haut, où la fondation s'adresse à un établissement non encore reconnu, sans que la volonté du fondateur, à la différence de l'hypothèse présente, soit de lui conférer la personnalité ; je n'ai pas à revenir sur ce que j'ai dit de l'article 906 et de l'impossibilité pour la personne civile qui n'existe pas au jour du décès de tenir aucun droit du testament.

Ce qui n'est plus possible actuellement l'était dans l'ancien droit, antérieurement à l'édit de 1749. Je lis dans Furgole. « Il faut néanmoins prendre garde que, quoique les institutions et autres libéralités faites en faveur des collèges et confréries illicites et non autorisées soient nulles, toutefois celles qui sont faites en faveur d'un collège, confrérie, ou quelque autre corps non encore établi ni dirigé, pour servir à sa fondation ou création, ne sont pas

nulles ; parce qu'elles renferment cette condition tacite : si elles sont fondées et autorisées. L'effet de la libéralité étant conféré en un temps où le collège sera capable, il n'y a point de doute qu'elle ne soit bonne. et c'est ce qui fait la différence entre la disposition pure, étant nulle dans son principe, et celle qui est conditionnelle, et dont l'effet est suspendu jusqu'à l'événement de la condition. » Et plus loin. « Ces dispositions testamentaires sont valables, non seulement lorsqu'elles sont faites en faveur des hôpitaux fondés et établis, mais encore lorsqu'elles sont faites pour en construire et fonder de nouveaux, auquel cas la volonté du fondateur doit être exécutée dans l'an (1). » Il est donc certain qu'une disposition conditionnelle destinée à la fondation d'un nouvel établissement recevait son plein et entier effet. On a cherché l'explication du principe posé par Furgole dans ce fait qu'en son temps les diverses maisons d'un même ordre dépendaient toutes de la même personnalité juridique (2), celle de l'ordre lui-même, de sorte que les libéralités destinées à la fondation d'une maison nouvelle étaient, en attendant la création projetée, régulièrement recueillies par l'ordre. Mais cette explication ne se trouve ni dans Furgole, ni dans Ricard qui pose le même principe ; elle est inutile, car la décision de ces deux auteurs trouvait sa raison d'être dans la théorie, encore peu précise et trop largement interprétée, de la rétroactivité de la condition et de la suspension de droits qu'elle produit ; elle est insuffisante, car Furgole parle non pas seulement de la fondation de

1. Furgole, *op. cit.* ch. VI sect. 1, n° 37 et 84.

2. Laurent, *op. cit.* XI.

maisons religieuses, mais de la fondation de toutes sortes de collèges, confréries, dont la personnalité n'est pas absorbée en celle d'un ordre.

L'Édit de 1749 a prohibé, nous le savons, toute fondation par acte testamentaire. A voir les résultats auxquels conduit le principe moderne, on pourrait croire que c'est cette prohibition qui subsiste encore. Il n'en est rien. Si la fondation d'un nouvel établissement ne peut pas se faire, dans notre droit, par acte testamentaire, la faute n'en est pas à l'article 2 de l'Édit de 1749 — le système de l'édit n'est plus du tout le nôtre (1) — mais simplement au principe qui gouverne la collation de la personnalité civile, combiné avec l'article 906 du Code. Il y a à faire cette remarque un intérêt pratique très sérieux. L'article 2 de l'Édit de 1749 défendait de tester au profit de personnes qui seraient chargées de former un nouvel établissement et de lui transmettre les biens par elles reçus, Cela est aujourd'hui permis. Je ne puis pas instituer directement légataire un établissement qui de mon vivant n'existe pas en tant que personne civile : mais je puis instituer légataire une personne naturelle ou civile existant au moment de mon décès, et lui imposer la double

1. Il suffit, pour s'en convaincre, de réfléchir que l'Édit prohibait les libéralités testamentaires au profit d'établissements existants (article 17) — que la nécessité d'obtenir des lettres patentes s'appliquait aux acquisitions à titre onéreux — que par contre elle n'avait trait qu'à certains biens; toutes dispositions qui ne sont plus que des souvenirs historiques, et dont l'absence donne à notre droit une physionomie toute différente de celle qui caractérise la législation de 1749.



charge et de faire les démarches nécessaires à la création du nouvel établissement que je veux fonder, et de transmettre à cet établissement tout ou partie des biens légués.

V<sup>o</sup> Quand je dis qu'il est permis aujourd'hui d'employer ce procédé, je tranche une question extrêmement controversée : si l'on ne peut plus arguer de la prohibition spéciale contenue dans l'article 2 de l'édit de 1749, encore y a-t-il bien d'autres objections contre la possibilité de transmettre indirectement le bénéfice d'un legs à une personne civile incapable d'être directement instituée. Le moment est venu de traiter cette question dont l'examen a été une première fois ajourné. Elle se posait déjà à propos des libéralités qui, sans tendre à la création d'une personne civile, s'adressent à un établissement non encore reconnu. La situation juridique est dans les deux cas la même : la personne civile n'existe pas au décès du disposant, l'article 906 empêche qu'elle soit instituée légataire. Je soutiens, avec et après nombre d'auteurs et des plus considérables (1), qu'il est permis d'instituer une personne capable à charge de transmettre à l'établissement une fois reconnu tout ou partie des biens reçus (2). L'article 906 sera respecté, puisque cet établissement ne tiendra aucun droit du testament, n'aura contre le légat-

1. Demolombe, *don. et test.*, I, n<sup>os</sup> 582-590-620. Aubry et Rau, VII, § 655-656, texte et note 3. Com. Delisle, *don. et test.*, sur l'article 906, n<sup>o</sup> 6. M. Labbé, note dans Sirey, 1870. 2, 145.

2. Quand la fondation tend à la création d'une personne civile, elle impose en outre au légataire la charge de faire les démarches nécessaires : c'est la seule différence entre les deux hypothèses,

taire aucune action pour le faire condamner en justice à l'exécution de la charge ou au paiement de dommages intérêts. Le fondateur cependant n'aura pas abandonné la réalisation de son projet à la seule probité du légataire, puisque celui-ci sera passible de l'action révocatoire s'il n'exécute pas les charges imposées.

Supposons d'abord que le légataire institué n'a charge de rendre qu'une partie des biens : des difficultés spéciales s'élèvent, que nous examinerons un peu plus loin, pour le cas où c'est la totalité des biens qu'il doit transmettre à l'établissement. J'ai institué Primus mon légataire universel, et j'ai mis comme condition à ce legs qu'il emploierait un immeuble situé dans la ville de X... et une somme de cent mille francs à la création d'un orphelinat ; ou bien, j'emprunte cette espèce à la jurisprudence, il y a dans une ville des sociétés de bienfaisance en faveur desquelles je veux faire une fondation ; mais elles n'ont encore qu'une existence de fait. J'institue la ville ma légataire à charge de remettre à chacune de ces sociétés une fois reconnues une certaine somme. La charge imposée à un particulier dans le premier cas, à une personne morale dans le second, est-elle valable ? La non-exécution expose-t-elle le grevé à l'action révocatoire ?

D'éminents auteurs ont écrit que reconnaître le caractère licite de la charge en question ce serait tourner la loi, faire indirectement ce qu'elle défend de faire directement, tenir l'article 906 pour lettre morte (1). Rien ne

1. Laurent, *op. cit.*, XI, p. 254 et suiv. — Bayle-Mouillard, sur Grenier, I, n° 99, note b. — Bertauld, note dans Dalloz, 1869, 2, 225.

serait plus exact si, à prendre ce détour, on arrivait au même résultat qu'en prenant la voie directe qui est fermée. Mais peut-on dire que l'article 906 est lettre morte, quand nous lui reconnaissons cet effet considérable de désarmer le bénéficiaire de la charge et de mettre aux mains des seuls héritiers du fondateur l'action qui est l'unique sanction de cette charge ? Et cette action constitue une sanction trop imparfaite pour qu'on puisse nous accuser de tourner la loi quand elle est la seule que nous concédions : la menace de cette action sera sans doute à l'encontre du légataire un puissant moyen de contrainte ; mais c'est à titre de menace seulement qu'elle a quelque efficacité au point de vue de la réalisation des volontés du fondateur. Qu'on en vienne à l'exercice de l'action, et aussitôt apparaît son infériorité vis-à-vis de l'action directe que nous refusons au bénéficiaire de la charge : par l'action directe l'exécution de la charge se ferait, soit en nature, soit sous forme de paiement de dommages-intérêts : par l'exercice de l'action révocatoire cette exécution perdrait tout moyen de sanction et toute sauvegarde juridique. Les héritiers qui l'auront intentée acquerront les biens sans être tenus envers le bénéficiaire de la charge d'aucune obligation : le légataire sera puni par la révocation du legs, mais le dessein du testateur ne sera pas réalisé. Peut-on nous reprocher de tourner la loi quand la situation juridique, produit de la combinaison que nous tenons pour valable, est à ce point différente de celle que la loi empêche de se former ? En un mot nous faisons produire à l'article 906 un effet considérable : n'est-ce point laisser une part assez belle à l'application du principe qu'il renferme ?

Peut-être que non, et c'est ici le point précis où se contre la difficulté de la question. Peut-être n'est-ce pas donner à l'article 906 toute sa portée et le plein développement de ses conséquences que de refuser à celui qu'il déclare incapable un droit direct contre le légataire grevé d'une charge à son profit. Peut-être le vœu de la loi est-il qu'aucun bien du testateur ne soit transmis à la personne qui n'existait pas au moment du décès, et faut-il refuser toute protection juridique à une combinaison faite en vue de ce résultat. C'est ainsi que sans aucun doute il en est à propos de certaines incapacités : par exemple le médecin et le ministre du culte qui ont assisté une personne pendant la maladie dont elle est morte ne peuvent pas profiter des dispositions testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur : le fils adultérin ne peut rien recevoir de ses parents. Il est incontestable que le vœu de la loi est qu'aucun bien du testateur ne parvienne à l'incapable : que celui-ci soit désigné comme le bénéficiaire d'une charge imposée à un légataire capable, ce ne sera pas assez que de lui dénier tout droit d'action, il faudra déclarer la charge illicite : le légataire qui ne l'exécutera pas ne sera point tenu de l'action révocatoire. En est-il de même en notre matière ? Je ne le crois pas. Pourquoi le médecin et le ministre du culte sont-ils incapables ? La loi a considéré que la volonté du testateur ne serait pas libre, tout au moins que cette liberté serait souvent mise en doute ; il a voulu couper court aux procès. Pourquoi l'enfant adultérin est-il incapable ? Aux yeux de notre législateur, c'eût été un scandale et une atteinte à la moralité publique que la libéralité adressée par le parent coupable

à l'enfant issu de sa faute. Il est clair que tout aussi suspecte est au premier cas l'indépendance du testateur, que pareil serait le scandale au second, quelque combinaison qu'on imagine pour faire parvenir à l'incapable les biens du disposant : partant, toute combinaison est contraire à la loi et doit être frappée d'inefficacité juridique. Est-ce sur un motif de même nature et de même portée qu'est fondé l'article 906 ? Il a pour fondement deux idées, l'une théorique, l'autre pratique. Théoriquement il repose sur ce principe que nul rapport du droit ne peut naître qu'entre personnes dont l'existence a été, ne fût-ce qu'un instant de raison, concomitante : à ce point de vue la validité de la charge imposée au légataire en faveur de la personne non existante au moment du décès ne fait pas question, puisque du testament le bénéficiaire de la charge ne tient aucun droit. S'il n'y avait de l'article 906 que cette explication théorique, tous nos doutes seraient levés.

Mais on lui peut trouver aussi pour fondement une idée purement pratique : permettre au testateur d'instituer une personne à naître, c'aurait été multiplier les occasions d'une situation fâcheuse, où il y a incertitude sur l'attribution finale de la propriété ; en attendant que la propriété arrivât entre les mains de son titulaire définitif, la personne à naître, il fallait qu'elle fût provisoirement attribuée à un tiers capable au moment du décès : propriété conférée « *ad tempus*, » droits résolubles, probabilité d'une administration négligente et de fraudes au préjudice des tiers, voilà les traits caractéristiques de la situation que créerait l'institution de personnes à naître, et

que la loi a sans doute voulu éviter. Or, à considérer les choses sous cet aspect, la charge de rendre à la personne à naître, imposée à un légataire capable, a les mêmes inconvénients que l'institution directe de l'incapable : ne doit-on pas la tenir pour illicite ? — Même sous cette forme, l'objection contre la validité de la charge n'est pas décisive. D'abord il est assez difficile d'indiquer pour quelle part le motif pratique auquel je viens de faire allusion, a contribué à faire admettre la règle contenue en l'article 906. Admettons qu'il ait eu une part prépondérante : n'est-il pas suffisant pour donner satisfaction au vœu de la loi de décider qu'aucun droit ne pourra naître, au profit de l'incapable, du testament ? Le seul fait de dénier à l'incapable toute action contre le légataire grevé, enlève, nous l'avons vu, sa sanction la plus efficace à la volonté du testateur. Sans doute, la situation que crée l'apposition de la charge est la même que celle que créerait l'institution de l'incapable ; mais par la simple apposition de la charge, la réalisation de la volonté du testateur n'est nullement assurée, puisque l'exercice du droit d'action qui en est l'unique sanction a pour effet de priver cette volonté de toute protection juridique. Une combinaison qui offre au testateur si peu de sécurité n'est pas destinée à un bien fréquent emploi : que la situation ainsi faite ait les mêmes inconvénients que celle qui naîtrait de l'institution directe de l'incapable, je n'y contredis pas ; mais tandis que permettre d'instituer la personne non existante au moment du décès eût été s'exposer à faire naître fréquemment cette situation, elle ne se produira qu'en de rares occasions s'il est permis seulement de grever d'une



charge au profit de cette personne un légataire capable. Or c'est la fréquence de pareilles situations qui en fait l'inconvénient : incertitude sur l'attribution finale de la propriété, attribution temporaire de droits résolubles, cela se rencontre dans notre droit en mainte hypothèse, et ce n'est pas une situation que le législateur puisse songer à faire disparaître, il cherche seulement à ne la point multiplier à l'excès. Et si l'on remarque que le refus de toute action à l'incapable bénéficiaire de la charge rend en fait très rares les occasions où peut, en notre matière, se produire la situation que la loi tient en défaveur, — si d'autre part on ne perd pas de vue ce principe que toute incapacité doit être interprétée restrictivement, on se convaincra que c'est assez de donner à l'article 906 cet effet que nul droit ne naît du testament au profit de la personne non existante au décès — que ce serait aller trop loin que de considérer comme illicite la charge imposée à un légataire capable de transmettre certains biens à l'incapable.

Les derniers doutes disparaîtront si en regard des légers inconvénients qu'il peut y avoir à reconnaître la validité de cette charge on place ceux bien plus graves qu'il y aurait à ne pas la reconnaître. Qu'on la tienne pour nulle, et on restreint singulièrement le domaine où peut se mouvoir la volonté du disposant. Il ne pourra plus faire une fondation en faveur d'un établissement qui existe de fait, qui bientôt peut-être va obtenir la personnalité civile, mais qui ne l'a pas encore au moment du décès. Il ne pourra plus faire par testament une fondation qui tende à la création d'une personne civile ; la seule voie

de l'acte entre-vifs lui sera ouverte ; admettre une théorie qui conduit à ce résultat. c'est étouffer en germe bien des intentions généreuses qui se fussent traduites en œuvres utiles et bienfaisantes, car tel qui, par testament, eût fait don de sa fortune, la gardera s'il faut en disposer par acte entre-vifs. Il faut aller plus loin : toute espèce de fondation devient impossible : qu'est-ce en effet qu'une fondation, sinon une libéralité avec charges au profit d'une série indéfinie de personnes qui seront en réalité les véritables bénéficiaires de la donation ou du legs sans que leur existence ait été un seul instant concomitante à celle du disposant ? Je fonde un prix en faveur de l'auteur du meilleur mémoire sur tel ou tel sujet de droit : l'établissement légataire ou donataire, une Faculté, une Académie, peu importe, sera grevée de la charge de remettre le prix, chaque année, au candidat le plus méritant ; cinquante ans après ma mort, dira-t-on que la charge est illicite parce que le candidat n'était pas né au moment de mon décès ? Personne n'y songe ; la parfaite régularité juridique des fondations de prix, ou de toutes autres, n'a jamais fait doute. Je sais bien qu'il n'y a plus ici cette double transmission du bien et ce caractère provisoire de la première attribution de propriété que nous rencontrons dans les autres hypothèses et que le désir d'éviter aurait été un des fondements de l'article 906. Mais si l'article 906 a la portée qu'on lui prête, si la charge de transmettre à l'incapable est illicite, il est clair qu'elle l'est toujours et quelque soit son objet : une fois la portée du principe déterminée il est impossible de lui imposer des limitations arbitraires : que la dation à faire

au profit de l'incapable porte seulement sur les revenus et non sur le capital, cela importe peu, et cette espèce particulière de charges qui caractérise la fondation n'échappe pas au sort commun. Je ne sache pas de conséquence qui soit plus propre à déconsidérer la théorie dont elle découle.

VI<sup>e</sup> J'ai dit qu'il y avait des difficultés spéciales sur le cas où c'est la totalité des biens reçus que le légataire a mission de remettre à l'établissement une fois reconnu. Il y a sur une hypothèse de ce genre des décisions judiciaires récentes, un arrêt de Cour d'appel et un arrêt de Cassation. Par testament du 1<sup>er</sup> août 1882, une demoiselle Baron avait institué le sieur Armand de Biencourt son légataire universel, à la condition d'employer tous ses biens meubles et immeubles à la fondation, à perpétuité, d'une école libre de garçons dirigée par un instituteur congréganiste. Des parentes de ladite demoiselle demandèrent l'annulation du testament en se fondant sur ce que le prétendu légataire n'avait que le rôle d'un exécuteur testamentaire, que c'était une personne interposée pour faire fraude à la loi. Cette demande fut accueillie par le tribunal de Chinon, jugement en date du 27 janvier 1884. Appel devant la cour d'Orléans qui confirme. Pour quels motifs? « Attendu, disent les considérants, que les termes mêmes du testament refusent au sieur de Biencourt, de la manière la plus formelle, la disposition des biens prétendus légués, que dans aucun cas, aucune partie de ces biens n'est susceptible de se réunir légitimement aux biens de l'institué ni d'accroître son patrimoine, que d'autre part il n'est ni

ne peut être tenu des dettes et charges de la succession, qu'il n'est donc pas un légataire sérieux... »

Ainsi le testament est annulé parce que l'institué n'est pas un légataire sérieux. La Cour a écarté l'argument tiré de ce qu'il aurait reçu la mission de transmettre les biens à des incapables en fraude de la loi, argument mis en avant par les parents qui attaquaient le testament. Elle n'a voulu retenir que ce fait, savoir que le sieur de Biancourt n'était pas un légataire sérieux. Pourquoi ? c'est qu'à aucun moment aucune portion des biens prétendus légués n'était susceptible de se réunir à son patrimoine et de l'accroître, et que, parallèlement, il n'avait pas le fardeau des dettes. Il me semble qu'il y a dans le langage de la Cour une certaine obscurité : « aucune portion des biens légués n'est susceptible de se réunir légitimement aux biens de l'institué, » cela pourrait faire croire que ces biens ne sont pas, au moins nominale-ment, dans le patrimoine de l'institué. Or ils y sont certainement ; ils ne sont pas à la libre disposition de l'institué, ils ne sont pas siens définitivement, il ne doit pas s'enrichir, dites tout cela, mais ne dites pas que les biens ne sont pas dans son patrimoine : ils y sont jusqu'au moment où il les affectera à l'établissement qu'il a mandat de créer. Ils y sont en vertu des principes ordinaires sur la transmission des biens, puisque la testatrice les a légués, que l'institué a accepté le legs, et que rien ne nous autorise à dire qu'ils n'ont pas agi sérieusement. Je ne dis pas qu'ils aient agi dans l'intention d'obtenir un résultat semblable à celui d'une institution ordinaire, normale ; il est certain que le legs ainsi offert et accepté

n'a de legs que le nom, que c'est dans la réalité des choses un mandat posthume, et nous verrons tout à l'heure si ce n'est pas là une cause de nullité ; je dis seulement qu'ils ont agi sérieusement, la testatrice avec l'intention sérieuse de transmettre ses biens à l'institué, l'institué avec l'intention sérieuse d'en devenir propriétaire. Le sérieux de la chose ne saurait être contesté, puisqu'il faut que l'institué soit propriétaire pour accomplir le mandat qui lui est confié.

Donc les biens sont, tout au moins à titre provisoire, dans le patrimoine de l'institué. Les dettes y sont aussi. J'entends que les créanciers peuvent le poursuivre ; dans l'espèce les termes du testament n'y faisaient pas obstacle ; d'ailleurs, le testament eût-il contenu la clause que l'institué échapperait au droit de poursuite des créanciers, cela n'aurait pas modifié la situation : il n'est pas au pouvoir du testateur d'amoindrir les droits du créancier. Le légataire qui reçoit l'ensemble des biens ne peut pas les soustraire à la poursuite des créanciers dont ils sont le gage : toute clause contraire du testament doit être annulée.

Ceci posé, en quel sens avait-on le droit de dire que le sieur de Biencourt n'était pas un légataire sérieux ? En quoi différerait-il d'un légataire ordinaire ? En ceci que du legs il ne devait résulter aucune modification définitive de son patrimoine, ni en bien, ni en mal. Ni en bien, car aucun enrichissement n'était possible, tout l'actif de la succession devant être affecté à l'établissement d'une école, — ni en mal, je veux dire que s'il était tenu de l'obligation aux dettes, il n'était tenu à aucun degré de

la contribution ; les dettes devaient être prises sur les biens reçus, et venir en diminution du capital affecté à la fondation ; on ne concevrait pas qu'il en fût autrement : telles étaient à l'évidence et l'intention de la testatrice, et celle de l'institué. La situation réelle de l'institué pouvait se caractériser d'un mot : c'était celle d'un mandataire : le patrimoine légué dans son ensemble, biens et dettes, ne lui était remis que pour être attribué, par ses soins, à un établissement qu'il avait charge de fonder ; ce patrimoine ne devait faire, pour ainsi dire, que passer dans le sien, sans laisser trace de son passage.

Un legs fait dans de telles conditions est-il valable ? Non, a répondu la Cour d'Orléans : contre cette réponse je m'inscris en faux. Quel peut être le motif de la nullité ? Ce n'est pas le fait qu'il y deux transmissions successives du patrimoine : cela n'est pas prohibé dans notre droit ; un testateur ne viole pas la loi quand il fait un legs ainsi conçu : « Je lègue tel immeuble à Primus, à la charge de le rendre à Secundus au bout de cinq ans ». Dans notre espèce la testatrice ne faisait pas autre chose : elle léguait son patrimoine au sieur de Biencourt, à la charge de le rendre à l'école libre, quand elle serait créée. La nullité proviendrait-elle de ce que le légataire ne devait retirer de l'institution aucun avantage réel, aucun accroissement de patrimoine ? Mais où la loi dit-elle que le legs n'est sérieux que s'il doit enrichir le légataire ? Assurément c'est là son résultat normal, et la position de légataire ne serait pas sans cela tant enviée ; est-ce un résultat nécessaire à la validité de la disposition ? On ne saurait guère le soutenir. Je trouve formulé par les



auteurs et la jurisprudence ce principe qu'un légataire universel n'en est pas moins régulièrement institué quand il ne doit retenir de l'institution aucun avantage réel et que tout l'émolument en est absorbé par des legs particuliers ou des charges quelconques : il n'en reste pas moins le continuateur juridique de la personne du défunt (1). Qu'un semblable legs ne réponde pas à l'idée vulgaire et courante, cela est certain : le légataire n'est pas gratifié, c'est lui au contraire qui rend un service, il accepte un mandat gratuit, il se fait à titre gracieux l'exécuteur des volontés du défunt. Mais, qu'on me passe une expression un peu triviale qui rend bien ma pensée, c'est là son affaire et non la nôtre : s'il accepte de donner, sans rien demander en échange, son temps et sa peine, je ne vois pas ce que le législateur peut y trouver à redire. Resterait l'objection tirée de ce que le légataire aurait reçu mission de rendre à un incapable, d'où la nullité de l'institution pour fraude à la loi : je reconnais volontiers que ce sont en effet des fraudes à la loi que dissimulent le plus souvent ces sortes de dispositions fiduciaires, et en ce cas il ne faut pas hésiter à les annuler. Mais nous savons qu'ici il n'en est pas de même : la personne civile non existante au moment du décès est incapable en ce sens qu'elle ne peut tenir aucun droit du testateur ; mais la charge de rendre stipulée à son profit n'est pas illicite, ce n'est pas faire fraude à la loi que

1. Dalloz, *jurisp. gén.*, au mot *Dispositions*, n° 3568-3582-3586-87. Demolombe, *don. et test.*, IV, n° 533 et 613. Aubry et Rau, VII, par. 714. Troplong, *don. et test.*, n° 1774.

de l'imposer à un légataire capable. Je ne reviens pas sur cet ordre d'idées qui a été précédemment examiné.

La doctrine que je défends est celle de la cour de Cassation (1) : elle a cassé l'arrêt de la Cour d'Orléans ci-dessus cité. Voici les principaux passages des considérants. « Attendu qu'il ressort manifestement de cette disposition vocation, au profit de Biencourt, à l'universalité des biens composant la succession. Qu'il importe peu dès lors que l'existence des charges et l'accomplissement du mandat qu'il a par là même à remplir, doivent absorber la totalité de l'émolument, qu'il n'en reste pas moins le continuateur juridique de la personne du défunt... » Il y a cependant un point qui ne me semble pas tout à fait clair : je lis à la suite du passage que je viens de citer : « attendu que si le testament porte que tous les frais doivent être prélevés sur les biens de la succession, il ne suit pas de là que le légataire universel ne soit pas tenu des dettes... » La Cour entend-t-elle dire que le légataire universel ne pourra pas se soustraire aux poursuites des créanciers, qu'il sera tenu de l'obligation aux dettes ? Cela va de soi, c'est la conséquence même de la situation de légataire universel. L'idée contenue dans ce passage des considérants serait-elle que le légataire ne peut pas prélever sur l'ensemble de la succession les dettes comme il prélève les frais, qu'il doit y mettre de sa poche et affecter à la fondation tout l'actif sans en distraire le montant de ce qu'il a payé aux créanciers ? en un mot

1. Cassation, 5 juillet 1886, Dalloz, 1886-1-265, l'arrêt d'Orléans est rapporté en ce lieu.

qu'il est tenu non seulement de l'obligation, mais de la contribution aux dettes ? Voudrait-on dire que c'est à cela que tient le caractère sérieux et par conséquent la validité de l'institution ? Il me serait impossible d'accepter cette idée. En fait il est équitable que la situation du légataire soit la même par rapport aux dettes que par rapport aux biens : n'ayant pas les avantages réels de l'institution, il ne doit pas supporter la charge définitive des dettes. En droit, si le legs peut être sérieux sans que le légataire s'enrichisse, il peut l'être aussi sans qu'il s'appauvrisse : la décision contraire serait une véritable ironie.

VII° Nous voici au bout de ces développements sur une question délicate dont l'importance en notre sujet justifie la longueur de la discussion. Jetons maintenant un rapide coup d'œil en arrière et formulons en quelques lignes précises les résultats auxquels nous sommes parvenus.

Voici quel est, pour le fondateur qui veut créer un établissement indépendant et non point seulement faire une libéralité à un établissement déjà existant, le domaine de la possibilité juridique. Il peut solliciter du gouvernement la concession, pour son œuvre, de la personnalité civile : il ne l'obtiendra que si cette œuvre a une importance suffisante pour être qualifiée d'utilité publique ; la plupart du temps aussi il ne l'obtiendra que si elle a, par une existence de fait plus ou moins longue, fait ses preuves de vitalité. Que s'il ne consent pas à se dépouiller par donation entre-vifs, il ne pourra pas instituer légataire l'établissement dont son testament sollicite la création : l'article 906 y fait obstacle.

Il ne pourra que gratifier un tiers capable, à charge de transmettre à l'établissement une fois créé les biens qu'il veut consacrer à la fondation : cette charge ne confère à l'établissement aucun droit d'action. Le tiers choisi comme exécuteur des volontés du fondateur peut être un particulier ; ce peut être aussi une personne morale. Dans l'espèce soumise à la Cour d'Orléans, et qui a servi de base à notre discussion, c'était un simple particulier qui, soit par amitié personnelle pour la testatrice, soit par dévouement à la cause que la fondation devait servir, avait accepté le legs et le mandat. Supposons que je veuille créer dans ma ville natale un orphelinat ou un hospice à titre d'établissements indépendants : je léguerai à la commune le capital nécessaire et lui donnerai mandat de faire pour cette fondation tout ce que j'aurais fait moi-même si j'avais consenti à me dépouiller par acte entre-vifs. Et la commune acceptera ce rôle d'intermédiaire bien plus volontiers qu'un simple particulier : alors même que l'établissement à fonder doit avoir sa vie propre, sa personnalité distincte, alors même que ce doit être, non point un établissement public communal, mais un simple établissement d'utilité publique, affranchi de toute direction et, je vais plus loin, de tout contrôle de la part de l'autorité municipale, il y a cependant pour la commune un intérêt évident à la création de cet établissement : elle a intérêt à ce que la bienfaisance privée, sous toutes ses formes, vienne en aide à la bienfaisance publique qu'elle est tenue d'exercer. Ainsi il peut y avoir pour la personne morale qui reçoit une libéralité en vue d'une fondation deux situations distinctes : ou bien l'intention du fondateur est que le capi-

tal donné reste dans le patrimoine de la personne morale, que l'emploi qui est fait du revenu forme un des chapitres de son budget de dépenses ; c'est la situation ordinaire ; ou bien le fondateur n'a gratifié la personne morale qu'à titre d'intermédiaire, à charge par elle de remettre les biens à un autre établissement qui aura sa personnalité distincte. C'est ce qui a lieu dans une hypothèse assez fréquente en pratique, celle où une commune qui ne possède encore ni hôpital ni hospice, partant point de commission administrative hospitalière, reçoit une libéralité pour la fondation d'un de ces établissements : le capital donné ne demeure pas dans le patrimoine de la commune ; l'établissement fondé est une personne civile indépendante, dont ce capital forme le patrimoine et qui est représentée par la commission administrative créée à cet effet aux termes des lois et règlements en vigueur. Si au contraire la libéralité est faite pour la fondation d'un hospice dans une commune où il y a déjà des établissements de ce genre, il n'y a point création d'une personne civile qui recevrait le capital adressé provisoirement à une autre : en principe il n'y a qu'une seule personnalité, incarnée dans la commission administrative pour tous les établissements publics hospitaliers de la même commune : une fois que cette commission existe, c'est elle qui a compétence pour recevoir toutes les libéralités destinées à des fondations hospitalières, cela à l'exclusion de la commune ; et toutes les libéralités reçues par elle constituent des chapitres distincts d'un même budget qui est celui de l'administration hospitalière, personne morale unique. Ainsi les deux situations s'offrent à nous,

selon que dans la commune où on veut fonder un hospice, il y a déjà, ou non, de semblables établissements.

Même dualité de situation possible en d'autres hypothèses. Ainsi j'ai parlé de la fondation Rothschild : elle a maintenant sa personnalité propre, mais dans la pensée du fondateur le capital donné devait simplement figurer au budget du consistoire israélite de Paris. Par contre en d'autres espèces que j'ai eu également l'occasion de citer, nous voyons la personne morale donataire ou légataire ne l'être qu'avec le mandat de créer un établissement indépendant auquel sera attribué le montant de la donation ou du legs : c'est ainsi que l'œuvre existant à Strasbourg sous le nom d'hospice Eliza et reconnue d'utilité publique par décret du 27 avril 1859 provient d'un legs adressé à la communauté israélite de cette ville : la commission administrative de cette communauté est autorisée à accepter le bénéfice du legs ; puis par ses soins l'hôpital est fondé et reconnu d'utilité publique : le capital légué est donc attribué à une nouvelle personne morale, il ne figure pas au budget de celle qui a été légataire.

On voit que, si la plupart du temps les biens donnés à une personne morale en vue d'une fondation sont destinés à faire partie intégrante de son patrimoine, il n'en est cependant pas toujours ainsi : il y a des cas où ces biens ne font que traverser le patrimoine de l'établissement gratifié et s'en vont constituer celui d'une personne morale nouvelle. La première situation est assurément bien plus fréquente que l'autre, mais enfin elle n'est pas la seule qui se rencontre.



§ 2. — *Examen des principales critiques dirigées contre notre législation.*

La conclusion dernière de tous les précédents développements est qu'en France la forme normale, habituelle, de la fondation est la libéralité avec charges adressée à un établissement déjà existant et destinée à demeurer dans le patrimoine de cet établissement. La fondation par création d'une personne civile est une conception connue sans doute et appliquée, mais de réalisation difficile. La fait-on par acte entre-vifs ? on est soumis au bon plaisir de l'État qui peut, *ad nutum*, accorder ou refuser sans appel la concession de personnalité. Veut-on la faire par testament ? c'est bien pis encore. Point de moyens directs d'arriver au but : il faut en quelque sorte ruser avec la loi, faire des institutions juridiques un emploi détourné, désigner comme légataires des personnes qu'on ne veut nullement gratifier. A passer par ces voies obliques et tortueuses, et il n'y en a pas d'autres, on risque de ne pas arriver au but : les nullités guettent au passage l'acte testamentaire ; y échappe-t-il, la réalisation de l'œuvre poursuivie n'en est pas assurée : nous savons combien est imparfaite la seule protection juridique dont elle puisse jouir.

Bref, la fondation par création d'une personne civile est en fait chose rare. En d'autres pays, en Allemagne notamment, c'est le contraire qui est vrai. En Allemagne il n'y a de fondation au sens propre du mot que si la

disposition crée une personne juridique nouvelle (1). Voilà un système radicalement différent du nôtre : est-il préférable ?

La législation française, ou plutôt la situation faite au fondateur par l'absence d'une législation sur la matière, a été l'objet de vives critiques que je veux examiner rapidement.

Les fondations sont absorbées dans le patrimoine de la personne civile gratifiée, elles font corps avec ce patrimoine, elles en sont un des éléments, et par conséquent en suivent le sort bon ou mauvais. Que l'établissement gratifié vienne à ne plus pouvoir remplir ses engagements, la fondation disparaît ; c'est là, a-t-on dit, un grave inconvénient. Je le crois plus théorique que pratique. Il n'y a pas de raison en fait pour que le patrimoine de l'établissement chargé de la fondation vienne à périr plus que n'aurait fait le patrimoine de la fondation constituée en entité juridique. Il y a au contraire probabilité qu'il sera bien administré : plus puissante est la personne civile, meilleure en général est la gestion de ses biens. En Belgique, avant la loi de 1864 sur les fondations d'instruction publique, chaque fondation de bourse était régie par une administration spéciale, et cette multiplicité des administrations donnait lieu à des abus et à des difficultés sans nombre : les rapports faits au nom des commissions législatives chargées d'examiner le projet de loi et notamment celui de M. Bara (2), sont sur ce point très explicites ; la loi de 1864, pour remédier

1. Roth, *Syst. des deutschen privatrecht*, 1<sup>re</sup> partie, page 73.

2. Pasinomie de 1864.

à cet inconvénient, crée pour chaque province une commission chargée de l'administration des bourses, et la gestion ainsi centralisée donne satisfaction aux intérêts de tous mieux que ne faisait le régime antérieur. Il n'y a donc pas avantage, au point de vue de la gestion des biens, à la multiplicité des personnes civiles, il y a plutôt inconvénient; et si jamais en France il se forme sur les fondations une législation analogue à la législation allemande, il sera indispensable que des règles sévères et minutieuses soient posées, qui assurent la bonne et fidèle administration de tous ces petits patrimoines doués de personnalité (1).

Des critiques bien plus sérieuses ont été faites. La capacité des personnes civiles est renfermée en d'étroites limites, ce qui ne laisse pas au fondateur une grande liberté dans le choix de l'établissement donataire ou légataire. De plus, — j'aurai plus tard à étudier ce point avec soin — les droits que le fondateur peut se réserver, ou les conditions qu'il peut apposer à l'acte licitement sont maintenus en d'étroites limites; et l'application de l'article 900 aux clauses illicites a un effet des plus fâcheux qui est la violation, de la volonté du disposant. Ce sont là des inconvénients sérieux : il ne serait pas impossible d'y porter remède autrement qu'en conférant

1. Il y a en ce moment, parmi les innombrables lois qui attendent leur tour de discussion à la Chambre des députés, un projet, présenté par M. Thévenet, et relatif à l'emploi des biens des mineurs, des hôpitaux, et autres établissements publics. Une généralisation des dispositions ci-incluses répondrait à l'idée que j'indique.

aux particuliers le droit de créer des personnes civiles ; il suffirait d'élargir la capacité des établissements publics qui sont le plus souvent désignés par les fondateurs et d'abroger l'article 900 dans son application aux fondations.

Enfin le caractère de dons ou legs avec charge attribué aux fondations a ce résultat de les placer sous le régime du bon plaisir de l'Etat. Aucune personne civile ne peut accepter une libéralité sans autorisation du gouvernement (articles 910 et 937 C. civ.) ; l'autorisation est un acte de tutelle administrative qui n'est susceptible d'aucun recours au contentieux : si injuste et si arbitraire que puisse paraître en telle ou telle espèce le refus d'autorisation, les intéressés n'ont de droit à faire valoir ni devant le conseil d'Etat, ni devant la justice civile. Le droit romain ne connaissait pas cette restriction apportée au droit d'acquérir des personnes morales ; notre ancienne législation était en ce point très sévère, nous l'avons vu. Il semble en effet difficile de désarmer l'Etat, quelque fâcheux qu'il soit de laisser tant de place à l'arbitraire. Que les particuliers puissent constituer des fondations en entités juridiques, cela est en somme très acceptable ; on concevrait bien moins aisément que les personnes civiles librement constituées pussent librement acquérir à titre gratuit, et que leur enrichissement fût soustrait au contrôle et au veto de l'Etat. Aussi cet absolutisme du droit de l'Etat est-il le plus grave, parce qu'il est celui auquel il est le plus difficile de porter remède, des inconvénients attachés au caractère des fondations dans notre législation.

## SECTION II.

*De l'attribution des biens affectés à une fondation que le disposant voulait constituer en entité juridique.*

Nous savons que le fondateur ne peut pas donner par sa seule volonté, la personnalité au patrimoine qu'il entend affecter au service de telle ou telle œuvre. Supposons que cette volonté, de réalisation impossible, soit contenue dans un acte testamentaire(1): alors se pose la question de savoir quel doit être le sort des biens destinés à la fondation. Doit-on, partant du principe que la disposition est faite en faveur d'un être juridique que le fondateur n'a pas pu créer et qui n'existe pas, qu'elle est nulle par conséquent, décider que les biens ne sont pas sortis du patrimoine du fondateur, et appartiennent à ses héritiers ? Doit-on au contraire exécuter le legs par équivalent, au profit d'une personne morale chargée du service auquel se rattachait, d'une façon plus ou moins directe, la fondation projetée ? Par exemple, si c'était une œuvre de bienfaisance que le fondateur voulût créer, ne peut-on pas attribuer le legs au bureau de bienfaisance de la localité ?

Nous avons déjà rencontré une question semblable à propos des fondations adressées à une personne morale qui n'a pas qualité pour la recevoir. La solution que j'ai donnée pour cette hypothèse fait prévoir celle que je vais

1. J'ai déjà dit que la question ne pouvait pas se poser pour les fondations faites par acte entre-vifs.

donner maintenant : le principe doit en être cherché dans le respect absolu de la volonté du testateur. Il a voulu instituer un être fictif et le rendre sujet des droits qu'il détachait de son patrimoine ; il a voulu se créer un légataire : or il ne le pouvait pas, la disposition est nulle, et par application pure et simple des principes du droit civil, ce sont les héritiers qui bénéficient de la caducité du legs. Est-ce à dire que je repousse absolument l'idée d'une exécution par équivalent, l'attribution des biens à une personne morale existante ? Non pas, puisque la volonté du testateur doit être interprétée largement : toutes les fois qu'il apparaîtra que son intention n'a pas été de subordonner à la création d'un être juridique nouveau l'exécution de la fondation, et que, s'il avait connu l'impossibilité juridique de la réalisation intégrale de sa volonté, il eût certainement consenti à la réalisation partielle et par à peu près qu'offre l'exécution par équivalent, alors j'admettrai un établissement public, soit religieux, soit de bienfaisance, soit d'instruction, suivant les espèces, à se prévaloir du testament. Je me hâte d'ajouter que cela ne se produira que bien rarement, car dans l'intention du testateur, l'institution du légataire qu'il veut créer aura été de telle importance, la plupart du temps, qu'il n'aura voulu aucun autre légataire. Il me suffira, pour le montrer, d'analyser quelques-unes des espèces produites devant les tribunaux.

En résumé la disposition pourra quelquefois s'exécuter par équivalent ; dans la plupart des cas elle sera caduque : quelle que soit la solution, elle sera dictée par



le respect de la volonté du testateur. D'une part cette volonté doit être exécutée selon son esprit plutôt que suivant sa lettre : d'autre part on n'y peut pas substituer la volonté du juge refaisant le testament et désignant un légataire dont le disposant n'a pas voulu.

Faisons l'application de ces principes aux espèces les plus intéressantes empruntées aux recueils de jurisprudence.

La dame Bonnabaud décède, laissant deux sommes de 10000 francs chacune, dont le revenu doit être employé à servir une rente annuelle de 200 francs à 25 vieillards âgés de 70 ans et plus, et de 100 francs à 50 vieillards de 65 à 70 ans. Les bénéficiaires devaient être désignés par les juges de paix des quatre cantons de Clermont-Ferrand, chargés en même temps de l'administration des biens. Le testament contenait de plus prohibition expresse de placer ces rentes dans l'administration des bureaux de bienfaisance, des hospices, ou de toute autre institution. La volonté de la testatrice était bien claire : elle voulait faire une fondation charitable vivant de sa vie propre, et point du tout une libéralité à des établissements déjà existants : elle voulait ériger le capital des rentes en patrimoine indépendant, ne dépendant d'aucune autre personnalité que de la sienne propre et administré à perpétuité par les juges de paix de la ville de Clermont, chose juridiquement impossible, puisque sa seule volonté était impuissante à créer l'être fictif sur la tête duquel devait se fixer la propriété des biens ; legs caduc, puisque le testament écartait tout au-

tre légataire qu'on eût pu songer à substituer à celui que désignait la testatrice (1).

Telle ne fut cependant pas la solution admise par l'autorité administrative d'abord, par l'autorité judiciaire ensuite. Un décret autorisa le bureau de bienfaisance à accepter le legs ; les héritiers portèrent la question devant les tribunaux, en assignant les exécuteurs testamentaires en nullité de leur mandat, et le bureau de bienfaisance intervint dans l'instance pour se faire envoyer en possession. Condamnation des héritiers en première instance, puis en appel : les vrais légataires, dirent le jugement et l'arrêt, sont les vieillards pauvres auxquels les rentes seront servies : ils ont un représentant légal, le bureau de bienfaisance : la clause qui retire à ce représentant légal l'administration des biens et le droit de désigner les bénéficiaires des rentes est une clause illicite, réputée non écrite selon l'article 900.

Pourvoi en Cassation : mais la Cour suprême prenant le fait tel qu'il était présenté par les premiers juges, c'est-à-dire l'institution directe des vieillards pauvres, se trouvait naturellement conduite à confirmer la décision attaquée, irréprochable en effet dès que le fait était ainsi présenté.

Autre espèce. Un sieur Hubert décède, laissant le testament suivant : « Mon légataire universel fera l'acquisition d'une maison dont les logements seront donnés à des ouvriers pauvres qui seront malheureux pour toute autre cause que l'inconduite, et surtout par suite de leurs opinions démocratiques et socialistes. Le légataire universel

1. Dalloz, 1876, 1, 132.

et ses héritiers, indéfiniment représentés par l'ainé d'entre eux, devront s'aider du concours de M. X... et Y... pour l'administration de la maison et le choix des bénéficiaires. » Dans la suite des dispositions, les héritiers du légataire universel étaient déclarés indéfiniment et personnellement obligés à l'exécution de ces dispositions; défense expresse était faite de jamais transmettre la maison à l'administration des bureaux de bienfaisance ou des hospices, ou à aucune autorité administrative : le tout à à peine de révocation du legs universel.

Je vois là quelque chose d'analogue à la précédente hypothèse ; la maison léguée formait un patrimoine doué d'une personnalité propre et indépendante; les personnes désignées pour veiller à la gestion et faire choix des bénéficiaires ne devaient pas être des propriétaires, mais des administrateurs. Comme dans la précédente hypothèse, impossibilité juridique de réaliser cette conception, et caducité du legs, les personnes morales qui auraient pu sembler aptes à le recueillir étaient formellement exclues.

Cependant autorisation fut donnée au bureau de bienfaisance de revendiquer la maison : procès porté jusqu'à la Cour de cassation. « Attendu, dit la Cour, que l'intention du testateur était de faire en faveur des ouvriers pauvres un véritable legs qui leur appartint à toujours, et que dès lors il était du devoir de la justice d'assurer la durée perpétuelle de la fondation en la dégageant des conditions impossibles et contraires aux lois, confirme... » Ainsi toujours même façon, pour les juges du premier et du second degré, de présenter les faits, et les faits une

fois présentés sous un certain jour, même solution juridique donnée par la Cour de Cassation (1).

Ce n'est pas la solution juridique que j'incrimine : le testateur était présenté comme ayant voulu instituer directement les personnes bénéficiaires de la fondation ; il est certain que le bureau de bienfaisance se trouvait légataire, et que les clauses qui l'écartaient de l'administration des biens tombaient sous le coup de l'article 900. Ce qui me semble inadmissible, c'est l'interprétation donnée en fait au testament par les juges de première instance et d'appel, interprétation qui viole ouvertement la volonté du disposant sous prétexte d'en assurer l'exécution. Les établissements publics de bienfaisance n'ont pas plus qu'aucune autre personne civile ou naturelle le privilège d'être légataires sans être désignés comme tels par le testateur : or, en vérité, c'est un privilège de cette sorte qu'on semble vouloir introduire à leur profit dans la législation, quand on les appelle à recueillir un legs malgré l'exclusion prononcée contre eux en des termes qui ne laissent aucun doute sur l'intention du disposant (2).

En somme, c'est sur le terrain du fait et non sur le terrain du droit que je place la question. On a proposé, en se plaçant à ce point de vue, une distinction que je ne saurais accepter. Quand le testateur a exclu le bureau de bienfaisance de la propriété des biens légués, sa

1. Dalloz, 1856, 1, 453.

2. Je n'insiste pas sur ces idées que j'ai eu l'occasion de développer en parlant des fondations adressées à des personnes civiles incapables de faire des biens l'emploi prescrit.

volonté sera obéie, le legs sera caduc en cas de non réalisation de la fondation projetée. A-t-il parlé seulement de l'administration des biens, et non de la propriété, on passera outre à la défense qu'il a faite de la remettre aux mains du bureau de bienfaisance. C'est que si le testateur a le droit incontestable de choisir son légataire, il n'a pas le droit, s'il a choisi le bureau de bienfaisance, de lui retirer les droits d'administration que la loi lui confère (1). La distinction serait parfaitement légitime s'il était vrai qu'en excluant le bureau de bienfaisance de l'administration des biens, sans parler de la propriété, le testateur eût entendu que la propriété appartint en effet au bureau de bienfaisance, désigné ainsi comme légataire : or c'est ce qui n'est pas. C'est donner aux mots une importance qu'ils n'ont pas et faire prédominer la forme sur le fond que de voir une différence entre les deux clauses suivantes : « Je veux que ma fortune soit consacrée à servir des pensions aux vieillards pauvres de la commune de X..., je charge telle personne du choix des bénéficiaires et de la gestion des biens qui ne devront jamais devenir la propriété du bureau de bienfaisance », ou bien, « ... qui ne seront jamais placés dans l'administration du bureau de bienfaisance (2). » Propriété, administration, le mot importe peu ; ce qui importe, c'est l'intention, également évidente dans les deux cas, de ne point vouloir choisir le bureau de bienfaisance pour légataire.

1. Bartin, *Théorie des conditions impossibles et illicites*, p. 78.

2. J'emprunte l'expression au testament relatif à une des espèces examinées plus haut (D. 1876, 1, 132).

A côté des affaires dont je viens de parler il y en a d'autres qui ont été jugées conformément aux principes que j'ai tenté de dégager : — Exemple. Une dame Delivet déclare en son testament vouloir établir une salle d'asile pour les enfants de la commune de Ducey — elle affecte à cet établissement une portion de terrain à elle appartenant, et institue pour le diriger une commission spéciale : dans le cas où le gouvernement refuserait les autorisations nécessaires, elle déclare révoquer le legs.

Un jugement de première instance avait admis la commune de Ducey à demander la délivrance du legs. La Cour de Caen (1) cassa le jugement : les considérants de son arrêt sont l'expression trop exacte de ma pensée pour que je résiste au plaisir d'en citer un fragment « attendu que la testatrice expose clairement son intention de fonder un établissement de charité devant avoir une existence spéciale et indépendante, qu'elle réglemente elle-même le mode d'administration de cet établissement — que la fondation est une charge du legs universel fait à la demoiselle Jeanne — que la pensée dominante de la testatrice a été non pas de faire une œuvre de bienfaisance dont la commune eût pu devenir propriétaire, mais de créer un établissement fonctionnant avec ses propres ressources, en dehors de l'administration municipale ; que la commune ne peut pas, au moyen d'une substitution contraire à la volonté de la testatrice, revendiquer le bénéfice de l'institution. »

1. Dalloz 1859, I, 444. Voyez dans le même sens Dalloz 1863, 5, 164 et un arrêt de Colmar 10 janvier 1839, rapporté Dalloz J. G. Dispositions, n° 417.



On voit que l'impossibilité où nous sommes en France d'ériger en entité juridique une fondation par notre seule volonté conduit à des résultats qui ne sont pas faits pour encourager les dispositions libérales. Faite par acte entre-vifs, la disposition peut quelquefois, au prix de bien des démarches et sollicitations, recevoir exécution ; faite par acte testamentaire elle ne le peut pas, et le juge saisi du procès qui ne manque presque jamais de s'élever en pareil cas n'a le choix qu'entre deux partis également peu satisfaisants : ou dénaturer la volonté du disposant en lui donnant un légataire dont il n'a pas voulu, ou priver du bénéfice de la fondation ceux en faveur de qui elle était faite.

---

## DEUXIÈME PARTIE

---

### **De l'application aux fondations de la théorie des conditions impossibles et contraires aux lois**

La fondation, telle qu'elle se présente dans notre droit, est une libéralité avec charges et cette définition peut s'appliquer à la fondation qui tend à la création d'une personne juridique comme à celle qui s'adresse à une personne juridique déjà créée. Il y a réception des deniers, du capital, des biens quelconques sortis du patrimoine du fondateur, à charge de faire de ces biens un certain emploi, en se conformant aux prescriptions contenues dans l'acte de disposition.

Je n'ai pas besoin de rappeler la distinction faite entre la charge, ou *modus*, et la condition suspensive. Toute charge dans une libéralité se distingue de la condition suspensive en ce qu'elle n'empêche pas la libéralité d'être pure et simple : le donataire ou légataire, dès avant l'exécution de la charge, a un droit non conditionnel. La distinction est surtout visible en notre matière, où la charge, c'est-à-dire le mode d'emploi prescrit, est pour la personne morale une obligation successive et perpétuelle, de sorte qu'on ne concevrait pas que l'acquisition du droit fût subordonnée à son exécution préalable. Mais si la charge n'est pas une condition suspensive,

elle joue le rôle de condition résolutoire (1); son inexécution entraîne la révocation de la libéralité (articles 1184, 954, 1046). Ces principes trouvent leur application aux fondations; la personne morale qui n'accomplira pas les charges imposées par le fondateur devra subir la révocation.

Cela n'est vrai que des charges qui ne sont pas impossibles ou contraires aux lois ou aux mœurs; pour celles qui ont ce caractère, l'article 900 les déclare dans les donations et testaments réputées non écrites, donc effacées sans que leur inexécution entraîne révocation de la libéralité. Cette disposition donne lieu à de grandes difficultés: nous aurons à les examiner dans ce qu'elles ont de relatif aux fondations.

Mais avant de rechercher dans quelle mesure et sous quelles restrictions l'article 900 est applicable aux fondations, il convient de se demander quelles sont les conditions qui en notre matière présentent le caractère de conditions impossible ou illicites; de parcourir, avant d'aborder la question principe et de théorie, les hypothèses qui peuvent offrir au principe et à la théorie leur champ d'application. Cette étude est d'ailleurs assez intéressante, car elle nous donne l'occasion de voir d'un peu près le régime auquel sont soumises les personnes morales et les règles qui gouvernent l'administration de leur patrimoine.

1. Aussi emploierai-je indifféremment par la suite les expressions « charge » ou « condition ».

## CHAPITRE PREMIER

EXAMENS DES PRINCIPALES HYPOTHÈSES OU SE RENCONTRENT  
EN MATIÈRE DE FONDATIONS DES CONDITIONS IMPOSSIBLES  
OU CONTRAIRES AUX LOIS.

D'une façon générale on peut dire que les conditions impossibles ou illicites ne sont pas les mêmes, ne se présentent pas sous le même aspect, pour les personnes civiles que pour les personnes naturelles. Pour celles-ci, les conditions prévues par l'article 900 sont le plus souvent des conditions qui tendent à restreindre l'exercice des droits publics, civiques ou de famille, ou certaines libertés essentielles et dont le maintien est d'ordre public, comme la liberté du mariage, la liberté de conscience, la liberté de choisir sa profession : ce sont en résumé plutôt des conditions relatives aux intérêts moraux qu'aux droits pécuniaires.

Il va sans dire que de telles conditions n'ont pas d'application possible aux libéralités recueillies par des personnes morales ; il ne saurait être question de leur enlever des droits publics ou familiaux qu'elles n'ont pas, ni de porter atteinte à leur liberté individuelle ou leur dignité morale, deux mots qui n'ont pas de sens quand on les applique à des être purement fictifs. Les personnes morales n'ont que des droits patrimoniaux, et c'est à ces

droits que sont relatives les conditions dont nous aurons à parler.

Il ne faudrait pas en conclure que l'on ne rencontrera que rarement des conditions impossibles ou illicites dans les libéralités adressées aux personnes morales. Les droits patrimoniaux des personnes morales sont de structure telle que les conditions y relatives sont bien plus souvent illicites que celles relatives aux mêmes droits chez les personnes naturelles. Ils sont en effet très restreints, renfermés en d'étroites limites, soumis quant à leur exercice à des règles particulières, et toute modalité de la disposition qui aurait pour but de les faire sortir de ces limites et de les soustraire à ces règles doit être considérée comme illicite. Quand une personne naturelle a dans un patrimoine un droit quelconque, elle peut, en règle générale, en user et jouir librement : elle soumet ses biens au régime d'administration qui lui plaît, et en fait l'emploi qu'elle juge préférable. Les biens de la personne morale sont soumis à un régime d'administration et à un mode d'emploi fixés par la loi, le décret, l'acte de gouvernement qui l'a appelée à la vie juridique. Hospices ou hôpitaux, bureaux de bienfaisance, établissements d'instruction, leur patrimoine est géré par des administrateurs nommés suivant ce qu'a prescrit la loi, et qui doivent se conformer aux règles prescrites pour le maniement des deniers, la perception des revenus, et d'une façon générale pour le fonctionnement de l'établissement qui leur est confié.

Cette remarque suffit à montrer que la théorie des conditions illicites, pour ne pas se présenter dans les mêmes

cas d'application pratique, ne perd cependant rien de son importance quand on passe des libéralités faites aux personnes naturelles à celles faites aux personnes morales. On en sera convaincu si l'on veut bien faire attention qu'à côté des conditions touchant à l'administration des biens, qui sont dans notre matière une mine féconde en hypothèses propres à l'application de l'article 900, les libéralités faites aux personnes morales contiennent souvent des conditions relatives, non plus à la gestion des intérêts pécuniaires, mais à des intérêts purement moraux, et qui peuvent avoir, qui ont fréquemment en fait un caractère illicite. Sans doute, je l'ai dit, un être fictif comme est la personne morale ne peut être sujet que de droits pécuniaires; mais il ne faut pas oublier que sous l'abstraction juridique apparaît la réalité concrète d'intérêts humains qui n'ont rien de fictif : les désirs, les aspirations, les besoins matériels intellectuels ou moraux de tous ceux auxquels, par l'intermédiaire de la personne civile, s'en va le bénéfice des intentions libérales du fondateur : malades ou vieillards secourus dans les établissements hospitaliers, pauvres assistés par le bureau de bienfaisance et les innombrables sociétés charitables dont l'existence et le développement jamais ralentis sont l'honneur de notre époque, enfants instruits et élevés dans les écoles publiques et privées. Eh bien ! ce n'est pas seulement de la gestion des biens donnés que se préoccupent les fondateurs, c'est aussi de la façon de comprendre, de protéger, de sauvegarder tous ces intérêts dont je parle : leurs intentions se manifestent là-dessus par des conditions relatives, pour prendre des exemples



et sortir du vague, au choix du personnel hospitalier ou du personnel enseignant, à la direction morale de l'éducation, à la désignation des bénéficiaires de la fondation : ainsi se posent les questions de savoir s'il faut considérer comme licite la condition qu'un hospice sera desservi par les sœurs d'une congrégation hospitalière, ou celle que dans une école l'enseignement sera donné par des religieux, questions très intéressantes que nous examinerons avec soin. Ainsi il a été jugé que la clause appelant au bénéfice d'une fondation charitable les ouvriers tombés dans la misère par suite de leurs opinions socialistes (1) était nulle comme contraire à l'ordre public, et encore qu'il y ait beaucoup à dire sur la justesse de cette décision, au moins l'exemple montre-t-il bien comment une clause d'ordre nullement pécuniaire peut donner lieu, en matière de fondation, à l'application de l'article 900.

En voilà assez, je l'espère, pour justifier l'importance que je donne à cette partie de mes recherches sur les fondations. Je vais maintenant entrer dans le détail, et examiner quelles sont les principales hypothèses de conditions illicites dans les diverses catégories de fondations.

## SECTION I.

### *Fondations charitables.*

Pour les fondations de bienfaisance, nous avons, c'est une bonne fortune que nous ne retrouverons pas ailleurs,

1. Dalloz, 1856, 1, 453.

un texte qui fixe les droits que peut se réserver le fondateur dans les établissements dotés ou créés par lui ; droits relatifs à la gestion du patrimoine. De sorte que nous pouvons décider avec certitude du caractère licite ou non licite des clauses relatives à ces droits : elles ne seront licites que si les droits qu'elles tendent à attribuer au fondateur demeurent dans la limite fixée par notre texte.

Ce texte est un décret du 31 juillet 1806, ainsi conçu : « Les fondateurs des hospices et autres établissements de bienfaisance, qui se sont réservés par leur acte de libéralité le droit de concourir à la direction de ces établissements, et d'assister avec voix délibérative aux séances de leur administration, ou à l'examen et à la vérification des comptes, sont rétablis dans l'exercice de ces droits. » Il y a un article 2 qui applique cette disposition aux héritiers des fondateurs décédés. Enfin le même décret autorise pour l'avenir les fondateurs à indiquer dans l'acte de fondation ceux de leurs successeurs auxquels ils entendent transmettre les droits réservés. Cette dernière disposition montre bien que le décret ne statue pas seulement pour les fondations antérieures, mais aussi pour celles qui doivent être faites postérieurement : il les soumet les unes et les autres au même régime.

De ce décret de 1806, que j'ai mis en vedette parce qu'il a une portée très générale, s'appliquant à tous les établissements de bienfaisance (1), il faut rapprocher le décret du

1. Il ne s'agit que des établissements publics, les seuls pour lesquels il y ait des règles fixes : pour les établissements privés reconnus d'utilité publique, il n'y a pas d'autres règles que leurs statuts dûment approuvés.

28 fructidor an X, plus spécial, aux termes duquel le fondateur de lit dans un hospice peut se réserver le droit de présentation, non-seulement à lui personnellement mais indéfiniment à ses héritiers.

Notre ancien droit laissait aux fondateurs une bien plus grande latitude. Domat (1) nous dit « qu'il est pourvu par les habitants dans les Assemblées ou Conseils de ville à ce qui regarde l'administration de ces maisons (les hôpitaux) : on y nomme ceux qui doivent être préposés à cette administration, s'il n'y a d'autres moyens d'y pourvoir selon les usages et les fondations. » Il résulte clairement de ce texte que les fondateurs d'un hospice pouvaient y établir l'administration qu'ils voulaient ; c'est seulement à défaut de clauses réglant l'administration que le Conseil de ville avait à s'en préoccuper (2). Ainsi chaque hospice formait un corps, une personne morale, ayant ses représentants particuliers et son administration spéciale. Il en est tout autrement aujourd'hui : ce n'est plus l'hospice qui est personne morale, c'est la commission des hospices, et chaque maison hospitalière n'est qu'une dépendance, une propriété de cette personne morale. Cette commission est nommée et fonctionne suivant un mode établi par la loi, auquel les fondateurs ne peuvent déroger que dans la mesure autorisée par les textes précités. Centralisation et réglementation, voilà sur ce point les deux caractères du droit moderne.

1. Domat, *droit public*, livre, l titre 18 p. 191.

2. A titre d'exemple, voir les clauses de la fondation faite en 1293 par Marguerite Anne de Jérusalem et de Sicile, comtesse de Tonnerre. Dalloz, J. G. Dispositions, n° 412.

Examinons de plus près les droits que peuvent se réserver les fondateurs : voix délibérative dans les séances de la commission administrative, dit le décret de 1806 ; le fondateur ne prend pas la place d'un membre de cette commission, il s'adjoit à elle. Ce droit, il peut le transmettre à ses héritiers : le texte ne fixe pas le nombre de ceux des héritiers qui peuvent être appelés à siéger avec la commission : la loi belge de 1864, parlant des droits des fondateurs en matière d'instruction publique, a précisé davantage et fixé un maximum. Toutefois, malgré le silence du décret de 1806, on peut poser la règle suivante : le législateur veut que le fondateur ou ses héritiers n'aient jamais une influence prépondérante par leur nombre ; ils ne pourront donc en aucun cas avoir un nombre de voix supérieur à celui des membres de la commission : la direction doit toujours rester aux mains de celle-ci.

Il n'est pas nécessaire que le fondateur désigne un parent pour succéder à ses droits : il peut désigner un étranger qu'il a institué son héritier. Il en est autrement d'après la loi belge de 1864 pour les fondations d'instruction publique : les droits du fondateur ne peuvent être réservés qu'à ses parents, le texte est formel.

Voilà un commentaire très bref des textes relatifs aux établissements de bienfaisance. Il faut maintenant examiner l'autre côté de la question : c'est-à-dire, après avoir vu quelles clauses sont licites dans l'acte de fondation, voir lesquelles ont un caractère illicite.

Il y a une catégorie de clauses qui sans aucun doute sont contraires à la loi : ce sont celles qui excluent les

administrateurs légaux et leur substituent des administrateurs à la désignation du fondateur lui-même, ou de ses héritiers, ou de telle personne qu'il indique, choisie le plus souvent en raison de la fonction qu'elle occupe. Le fondateur aura désigné par exemple le curé, le juge de paix, le maire, comme devant à perpétuité être chargé de la direction morale et matérielle, ou de la nomination des membres de la commission : ce sont les clauses dites d'administration spéciale (1). Elles sont manifestement nulles, le fondateur ne peut qu'adjoindre aux commissions administratives lui-même ou ses héritiers : il ne peut leur substituer ni ceux-ci ni lui-même, à plus forte raison ne peut-il pas leur substituer des étrangers. Il peut bien y avoir renforcement des rouages établis par la loi, mais non pas remplacement de ces rouages par d'autres. Ce qui est vrai de la commission administrative placée à la tête de l'établissement l'est de tous les agents employés dans cet établissement, à quelque titre que ce soit : le fondateur ne pourrait pas plus se réserver le droit de nommer le receveur comptable, par exemple, ou l'aumônier, ou les médecins, que les membres de l'administration directrice : l'impossibilité légale est la même.

On pourrait être tenté de signaler une contradiction entre cette doctrine et celle qui, dans les libéralités adres-

1. Ces clauses sont très fréquentes, M. Laurent en cite un grand nombre, qui revêtent les aspects les plus variés. Seulement il faut voir si l'intention du fondateur pas été de créer un établissement indépendant, au lieu de faire une libéralité un établissement public avec administration spéciale : car alors il n'y aurait plus lieu à l'application de l'article 900. C'est ce qui a lieu la plupart du temps à notre sens.

sées au mineurs, tient pour valable la condition que les biens seront soustraits à l'administration du père ou du tuteur. Dans les deux cas il s'agit également de placer certains biens entre les mains d'autres administrateurs que ceux institués par la loi, pourquoi cela est-il impossible dans un cas, possible dans l'autre ? On a fort bien répondu à l'objection par les remarques suivantes (1). La personne morale tient tous ses droits d'une concession bienveillante de la loi, qui ne lui donne l'accès de la propriété qu'en considération du régime spécial qui en réglera la gestion : les conditions particulières dans lesquelles s'exercent les droits de la personne morale sont une suite naturelle de la fiction qui la fait vivre, et font pour ainsi dire partie intégrante de ces droits : ils ne peuvent pas s'exercer en dehors des conditions prescrites, et vouloir soustraire au régime légal les biens qu'on donne à la personne morale, c'est vouloir diviser ce qui, dans la pensée du législateur, doit être absolument indivisible, le droit de posséder et le droit d'administrer. La propriété des établissements publics doit être telle que la loi l'a faite, ou ne pas être. « Nous devons, dit M. Bartin, suivre pas à pas la conception que la loi nous offre ; car dès qu'il s'agit de construire la théorie d'un droit de propriété dont le titulaire n'est pas une personne physique, nous quittons pour ainsi dire le sol ferme de la réalité tangible, pour nous aventurer dans des régions où notre seul guide est la conception légale, avec ses formes précises et ses contours nettement arrêtés. » Il en est autrement de la propriété du mineur : c'est un

1. Bartin, *op. cit.* pages 72-74.



droit semblable en principe au droit du majeur. Si elle est soumise à un régime particulier, c'est d'une façon temporaire, provisoire ; il y a là « un expédient de la loi pour assurer la gestion des intérêts du pupille pendant sa minorité ». L'organisation de l'administration paternelle ou tutélaire ne fait pas partie intégrante du droit de propriété du mineur, de sorte qu'en modifiant cette organisation on n'altère pas la nature même du droit.

La jurisprudence est en ce sens, puisqu'elle tient pour licite la clause qui porte retrait de l'administration au père ou au tuteur, tandis qu'elle annule les clauses d'administration spéciale dans les libéralités faites aux établissements de bienfaisance (1).

Ce que nous avons dit des clauses tendant à substituer aux administrateurs légaux des tiers investis de leur droit, s'applique aussi aux clauses qui, sans exclure ces administrateurs, font intervenir à côté d'eux des tiers autres que ceux dont les décrets de l'an X et de 1806 permettent l'intervention, c'est-à-dire autres que le fondateur ou ses héritiers. Les tiers auxquels de semblables clauses confient des pouvoirs destinés à contrebalancer ceux des administrateurs légaux sont toujours choisis en fait dans un cercle bien restreint de personnes, que leurs fonctions, leur situation sociale, désignent à l'attention des fondateurs : ce sont des ecclésiastiques, des magistrats des officiers municipaux, parfois des corps élus. Les droits que le fondateur leur confère se ramè-

1. Voyez pour la validité de la première clause : Dalloz, 1864 2-166 et 1872-1-241 ; pour la nullité de la seconde. D. 1856-1-454-1859-1-444 et 1876-1-132.

nent tous, malgré une assez grande variété pratique d'aspect, à un droit plus ou moins précis de contrôle et de surveillance. La violation de la loi est moins flagrante que dans les hypothèses précédentes, puisque les autorités légales sont maintenues à leur place. Elle n'est pas moins réelle, puisque ces autorités se trouvent placées sous la tutelle d'un pouvoir auquel la loi n'a conféré aucun mandat, et que leurs droits sont restreints par les droits concurrents donnés à des tiers. Voici par exemple des clauses qui attribuent au curé de la paroisse ou au maire ou au juge de paix le droit de désigner, ou tout au moins de proposer à l'agrément des commissions administratives, sans que celles-ci puissent faire leur choix en dehors des propositions ainsi formulées, les bénéficiaires de pensions à distribuer, les concessionnaires de logements gratuits, les ayants-droit à un prix de vertu. Je n'hésite pas à considérer ces clauses comme illicites : tout est de rigueur en cette matière, il n'est pas plus permis de restreindre aux mains des administrateurs leurs pouvoirs légaux, que de leur substituer des administrateurs spéciaux : ce serait faire indirectement ce qu'il est prohibé de faire directement. La jurisprudence belge a fait fréquemment l'application de ces idées : c'est ainsi que s'agissant d'une donation adressée au bureau de bienfaisance pour fournir chaque année la dot d'une jeune fille pauvre, on a refusé d'accepter la clause portant que cette jeune fille serait désignée sur la proposition du curé (1). La jurisprudence française s'est prononcée en

1. Laurent, *op. cit.*, XI, pages 561 et suivantes fournit en tous ces points une foule d'exemples, une riche variété d'espèces intéressantes.

un sens tout différent. J'en prends un exemple : l'avis du Conseil d'État du 15 février 1837, qui refusait aux fabriques le droit de recevoir des fondations charitables, et qui autorisait les bureaux de bienfaisance à revendiquer les biens, ajoutait, en matière de palliatif, et pour assurer autant que possible le respect de la volonté du fondateur, que la fabrique évincée aurait le droit d'intervenir dans la distribution des secours par la proposition ou la désignation des bénéficiaires. On ramenait la fondation à une libéralité faite au bureau de bienfaisance, sous condition de prendre et de suivre en une certaine mesure les avis du Conseil de fabrique : cette condition était, à mon avis illicite. Attribuant les biens au bureau de bienfaisance, il fallait les attribuer purement et simplement. Sans doute en fait les administrateurs du bureau de bienfaisance pouvaient prendre l'avis du Conseil de fabrique, et agir d'après ses indications ; ils y étaient même moralement obligés ; mais en droit ils étaient parfaitement libres et devaient exercer sans l'intervention d'aucune autorité étrangère les pouvoirs qu'ils tenaient de la loi.

La jurisprudence civile s'est prononcée dans le même sens que la jurisprudence administrative, déclarant licite la condition imposée au bureau de bienfaisance de donner des secours que sur la désignation du curé ou du pasteur (1).

Je n'ai examiné jusqu'ici que des hypothèses où les pouvoirs des administrateurs légaux se trouvaient restreints par l'intervention, directe ou indirecte, de tiers

1. Sirey, 1845-2-273 ; 1846-2-368 ; 1863-1-467.

autres que ceux auxquels il est permis de réserver des droits : la restriction peut aussi provenir des règles posées par le fondateur relativement au mode d'exercice de ces pouvoirs, et faites pour y apporter certaines limitations, sans d'ailleurs qu'on ait investi des personnes étrangères d'une autorité rivale. Par exemple les commissions des hospices ont le droit de choisir le personnel nécessaire au service : une clause de la fondation peut-elle stipuler que le choix ne s'exercera que dans une catégorie déterminée de personnes ? Les mêmes commissions ont le droit de fixer les conditions d'admission des malades et indigents : le fondateur peut-il à l'avance fixer ces conditions ? Il n'y a pas, pour les questions de ce genre, une solution de principe qu'on puisse ériger en règle générale ; on ne peut pas dire : le fondateur peut licitement imposer telle condition qu'il lui plaira touchant le recrutement du personnel ou l'admissibilité au bénéfice de la fondation ; mais on ne peut pas dire non plus : toutes les conditions de ce genre sont illicites comme portant atteinte aux pouvoirs des administrateurs légaux.

Ainsi il est incontestable que, donnant ou léguant un certain capital au bureau de bienfaisance, je puis exiger pour revenus tel ou tel emploi qui rentre dans les attributions de cet établissement, que fondant un hôpital ou un lit dans un hôpital existant, je puis ne déclarer admissibles que les malades de telle localité seulement, ou seulement ceux atteints de tel genre de maladie. L'administration a le droit de ne pas accepter la libéralité si les conditions ne lui conviennent pas, mais, si elle a accepté, elle doit,

sous peine de subir l'action révocatoire, exécuter les conditions précitées, parce qu'elles sont licites (1).

Par contre il n'est pas douteux que certaines conditions de ce genre ne soient illicites, celles par exemple qui pourraient constituer une violation de l'ordre public ou des bonnes mœurs. J'ai déjà eu l'occasion de citer un arrêt de Cassation annulant la clause qui, dans une fondation de logement gratuit, réservait les concessions aux ouvriers tombés dans le malheur par suite de leurs opinions socialistes : je ne prétends pas que cette décision prise en soi soit irréprochable, mais elle montre à quel point de vue des conditions du genre dont je parle peuvent être considéré comme illicites.

Je n'insisterai pas sur ces points, qui relèvent du fait plus que du droit ; je voudrais cependant dire quelques mots d'une clause très fréquente, et dont la validité a été

1. Cette doctrine ressort implicitement d'un arrêt de la Cassation rapporté dans Dalloz, 1871, 1, 173. Il s'agissait d'une fondation de lit dans un hospice, avec droit de présentation réservé à l'héritier du fondateur : l'héritier prétendait avoir le droit, de par l'acte de fondation, de présenter un malade en dehors des conditions d'admission prescrites par le règlement intérieur de l'hospice. Les termes de l'acte semblaient lui conférer en effet ce droit : la clause y relative était-elle licite ? c'est tout à fait dans l'ordre d'idées que nous étudions, car cette clause tendait à restreindre le pouvoir qu'a la commission de fixer les conditions d'admission des malades. La Cour de Cassation l'a implicitement déclarée licite : il est vrai qu'elle n'en tient pas compte ; mais c'est par interprétation de la volonté du disposant, et non point en la déclarant nulle comme contraire aux lois. Voyez cependant en sens contraire M. Laurent.

vivement contestée par M. Laurent (1) : celle qui impose le choix du personnel hospitalier parmi les sœurs des congrégations religieuses autorisées à cet effet. On a dit que le vœu de la loi était que le choix fait par la Commission administrative s'opérât dans des conditions d'absolue indépendance, indépendance qui est gravement atteinte si on ne peut pas renoncer au personnel religieux sans s'exposer à l'action révocatoire, de sorte qu'insérer dans l'acte de fondation semblable clause, c'est restreindre la liberté de choix voulue par la loi, chose illicite au premier chef. L'argumentation n'est nullement décisive ; nous la retrouverons à propos des fondations d'écoles confessionnelles. Il est certain que la liberté du choix entre le personnel laïque et le personnel ecclésiastique ne sera plus entière quand la fondation aura été acceptée sous la condition, reconnue licite, de s'adresser aux sœurs hospitalières. La question est de savoir, et notons en passant qu'elle se pose exactement dans les mêmes termes toutes les fois qu'il s'agit de clauses limitant les droits des administrateurs légaux, si le droit de choisir attribué à la commission est chose tellement essentielle que ce droit ne puisse subir aucune restriction, même indirecte : je dis indirecte, car elle est bien telle en notre hypothèse, puisque la commission ne contracte pas l'obligation, qui serait sanctionnée par une action directe, d'employer exclusivement les sœurs hospitalières, mais qu'elle est seulement tenue, si elle substitue les laïques aux religieuses, de subir, sous la forme de la révocation de la libéralité, les

1. *op. cit.*, XI, page 387.



conséquences de cet acte licite (1). Or cette restriction indirecte du droit est-elle d'assez grave conséquence pour qu'on déclare nulle la clause qui la renferme ? Je ne le crois pas ; je suis convaincu que le législateur n'a pas attaché au droit de la commission une telle importance qu'on doive considérer comme atteinte à l'ordre public toute atteinte qui y est faite. Qu'on parle volontiers à ce sujet de liberté de conscience, que les luttes politiques et religieuses aient leur écho jusque dans les administrations hospitalières, je ne l'ignore pas ; et le droit de substituer un personnel laïque à un personnel ecclésiastique a pris par là une importance qu'il n'avait pas autrefois. Mais j'ai quelque peine à croire que la liberté de conscience soit sérieusement intéressée dans la question, et en tous cas il est difficile de tenir compte, pour l'interprétation d'une législation qui remonte au commencement du siècle, des idées de l'heure présente. Il faut se rappeler que le décret du 18 février 1809 a rétabli les congrégations hospitalières de femmes dans le but de procurer aux établissements de bienfaisance un personnel capable de remplir la tâche délicate et souvent rebutante qu'impose le service hospitalier, qu'il dérogeait pour cela à la prohibition générale portée dans la loi du 13 février 1790 contre les congrégations religieuses, que ce fait marque de la part du législateur une bienveillance qui serait inconciliable avec l'esprit de défiance que marque-

1. Je crois en effet que le maintien à perpétuité d'un personnel religieux ne peut pas faire l'objet d'une obligation proprement dite, susceptible de se résoudre en dommages intérêts. Je reviendrai plus tard sur ce point.

rait à leur égard la solution proposée. L'intention du législateur de 1809 a été de créer un corps religieux qui se consacraît exclusivement au soulagement des malades dans les hôpitaux, et qui devint la pépinière du personnel nécessaire à ce service : cette considération empêche de considérer notre clause comme illicite. Que l'esprit du législateur moderne ne soit plus le même, cela est incontestable, mais pour que l'interprète pût en tenir compte il faudrait que cet esprit nouveau se fût manifesté par un texte quelconque.

Pour résumer en quelques lignes ce que j'ai dit de l'application aux fondations de bienfaisance de la théorie des conditions illicites, je dirai : sont illicites les clauses qui tendent à modifier la composition des administrations directrices au-delà des limites qui sont fixées dans les textes ; celles qui, laissant ces administrations constituées suivant la règle légale, confèrent à des tiers une autorité et des attributions destinées à tenir les leurs en échec ou en tutelle ; celles enfin par lesquelles, sans l'intervention d'aucun tiers, un droit essentiel de l'administration se trouve lésé ou l'ordre public compromis.

## SECTION II.

### *Fondations d'instruction.*

Sur les fondations d'instruction nous n'avons pas de textes semblables à ceux que nous avons rencontrés en matière de fondations charitables. Les lois fixent les règles qui président à l'administration des divers établissements d'instruction, sans permettre au fondateur de se

réserver aucun droit sur l'établissement par lui doté ou créé. Donc toute clause tendant à lui réserver des droits soit dans la gestion des biens, soit dans la nomination des maîtres, professeurs, instituteurs, ou d'une façon plus générale dans la direction matérielle ou morale, doit être déclarée illicite. La loi du 11 floréal an X a bien conféré à tous les établissements d'instruction publique la capacité de recevoir des libéralités, mais elle est muette sur la question qui nous occupe.

Ce qui est vrai de la fondation d'un établissement entier l'est aussi de la fondation d'une chaire ou d'une bourse dans un établissement existant : le fondateur ne peut pas se réserver, à lui-même ou à ses héritiers, le droit de présentation ou de désignation du professeur ou du boursier. Je relèverai seulement la disposition de l'article 8 du décret du 19 janvier 1881, aux termes duquel les candidats aux bourses fondées par des particuliers dans les lycées peuvent être dispensés, par l'acte de fondation, de l'examen réglementaire. Il y a deux décrets récents, du 25 juillet 1885, relatifs aux dons et legs faits aux Facultés ; mais ils ne font que rappeler le principe de la capacité des Facultés à posséder et à acquérir, et leur concéder une large autonomie quant à l'administration des biens donnés : aucun article ne parle des droits des fondateurs.

Il y a là une lacune dans notre législation. En Belgique elle a été comblée par la loi de 1864, dont j'ai déjà eu l'occasion de parler. En son article 15, cette loi décide que tout fondateur qui aura donné ou légué au profit de l'enseignement une dotation suffisante pour la création d'un établissement complet, pourra se réserver, pour lui

ou pour un ou deux de ses parents mâles les plus proches, le droit de concourir à la direction de cet établissement, et d'assister, avec voix délibérative, aux séances de l'administration. C'est là un texte tout à fait analogue au décret de 1806 sur les fondations charitables, avec quelques précisions en plus : ce n'est pas n'importe quel héritier que le fondateur pourra investir des mêmes droits que lui, ce sont ses parents mâles seulement — et le nombre en est fixé à deux, au maximum — tous détails qui ont leur importance et sur lesquels le décret de 1806 est muet. L'article 36 de la même loi belge donne aux fondateurs de bourses la faculté de se réserver le droit de collation.

Il est à désirer qu'une loi semblable soit rendue en France. On cherche depuis quelques années à rendre à nos Facultés, pour ne parler que de l'enseignement supérieur, quelque chose de leur ancienne puissance ; on veut que l'État les absorbe moins en sa centralisation administrative, que chacune constitue un organisme vivant de sa vie propre. Rien ne peut plus efficacement contribuer à cette émancipation que les dons et legs adressés aux Facultés, leur assurant la propriété des biens qui sont pour elle une garantie de stabilité et de liberté. C'est sous l'influence de cette idée qu'ont été rendus les décrets du 25 juillet 1885. Une loi qui permettrait au fondateur de se réserver certains droits serait l'utile complément de ces décrets. Il ne suffit pas d'avoir confié aux Facultés la gestion des biens donnés : il faut solliciter l'esprit de bienfaisance, provoquer les libéralités, et rien n'est plus propre à susciter des fondations que la certitude pour le

fondateur de pouvoir réserver, à lui-même et à ses parents, certains droits d'intervention dans la direction morale ou matérielle de l'établissement qu'il a doté.

En matière d'instruction comme en matière de bienfaisance, l'ancien droit était envers les fondateurs bien plus libéral que le droit moderne. Pour n'en citer qu'un exemple, dans les écoles de charité les maîtres étaient désignés par le fondateur ou ses héritiers quand l'acte de fondation leur en réservait le droit (1). Je ne demande pas le retour à un régime de décentralisation aussi large : on ne saurait appliquer à une époque où l'État a pris en main la direction de l'instruction les mêmes règles qu'à celle où l'instruction populaire ne subsistait guères que par l'appui des bonnes volontés locales et des initiatives privées. On est d'ailleurs trop souvent tenté de ne voir du régime qu'on a sous les yeux que les inconvénients, de ceux qui ont disparu que les avantages. C'est aux pouvoirs publics à dégager, de deux conceptions si opposées, la conception moyenne et pratique qui réunisse, dans la mesure possible les avantages de l'une et de l'autre.

Revenons-en au droit moderne, pour examiner certaines clauses très-fréquentes en pratique, et sur lesquelles on a beaucoup discuté. Dans un établissement d'instruction ce qui importe en fait c'est la direction imprimée à l'enseignement, et c'est sur cette direction que le fondateur s'efforce de perpétuer son influence : de là des clauses nombreuses stipulant que le choix des maîtres ou instituteurs se fera dans certaines conditions.

1. Jousse, *du gouvernement des paroisses*, p. 233.

Il y a des clauses de cette nature qui sont nulles sans aucun doute. Par exemple un legs est adressé à une commune pour la former dotation de l'école primaire, à condition que l'instituteur sera choisi par le curé de la paroisse, que ce sera un membre de la famille du testateur, le plus digne de ses parents par sa capacité, ses bonnes mœurs, et son attachement à la religion catholique. Toutes ces conditions constituent autant d'empiètements sur les droits de l'autorité chargée de pourvoir à la nomination de l'instituteur, elles sont illicites.

La question la plus intéressante en cette matière a été soulevée à propos des clauses qui imposent à la commune l'obligation d'entretenir dans l'école fondée un instituteur congréganiste. Sous le régime inauguré par la loi du 30 octobre 1886, qui laïcise le personnel enseignant, une telle clause est certainement illicite ; mais la législation antérieurement en vigueur permettait de confier l'enseignement aussi bien à un religieux qu'à un laïque. Ainsi avant 1886, obliger la commune à entretenir dans l'école un instituteur congréganiste, ce n'était pas imposer une chose juridiquement impossible ; mais possible, l'exécution de la clause était-elle licite ? le fait de porter atteinte au droit qu'avait l'administration de choisir entre un maître laïque et un maître congréganiste ne constituait-il pas une violation de la loi ? La question ne s'était pas posée avant ces dernières années ; le Conseil d'État, saisi des projets du décret portant acceptation de fondations d'écoles faites sous cette condition, avait toujours été d'avis qu'elle était licite ; les communes et l'administration se conformaient strictement, de leur côté, aux intentions



du fondateur. Survint dans ces dernières années la reprise des hostilités sur la question religieuse ; bien des communes sollicitèrent alors de l'administration préfectorale l'arrêté de laïcisation que celle-ci pouvait prendre en vertu de la loi du 14 juin 1854, et nombre d'arrêtés furent rendus en ce sens ; réclamation des héritiers des fondateurs, demande en révocation de la donation ou du legs. Les communes crurent trouver un excellent terrain de résistance en se retranchant derrière l'argumentation que j'ai fait pressentir plus haut : la clause porte atteinte à la liberté de choix que l'administration tient de la loi même, donc elle est contraire à la loi. A deux reprises la Cour de Cassation a consacré cette doctrine, sans d'ailleurs que le caractère illicite de la condition lui parut devoir entraîner l'application de l'article 900 (1). Je m'expliquerai plus tard sur ce point.

Une première objection se présente immédiatement à l'esprit : c'est que le fait impliqué dans la clause, le fait d'imposer à la commune l'obligation d'entretenir un instituteur congréganiste, n'a rien d'illicite ; il n'y a rien que de parfaitement légitime à ce qu'une personne professant la foi catholique et convaincue de la nécessité de faire de la morale religieuse la base de l'éducation populaire, désire que dans l'école par elle fondée l'enseignement soit donné par des maîtres congréganistes : le même esprit qui inspire la libéralité en inspire aussi le caractère spécial ; et nous savons qu'en droit l'exécution de la condition était possible sous le régime antérieur à la loi de 1886. Et alors on peut se demander si la condi-

1. Sirey. 1885, 1, 49. — 1887, 1, 240.

tion peut être déclarée illicite qui tend à procurer l'exécution d'un fait licite. La réponse n'est pas douteuse : cela peut-être, et ainsi tombe l'objection. Par exemple je vous donne 100 à condition que vous ne vous mariiez pas : la clause est illicite en principe, et cependant il est loisible de ne pas se marier. Je vous donne 100 à condition que vous vous ferez prêtre : là encore clause illicite, bien que le fait mis *in conditione* soit parfaitement licite. C'est que dans ces deux cas, si le fait est licite, le vœu de la loi est que celui qui l'accomplit agisse dans la plénitude de son indépendance : choisir entre l'abstention et l'action est ici un droit essentiel qu'on ne peut pas restreindre sans porter atteinte à la liberté et à la dignité de la personne ; or il est restreint dès qu'une influence extérieure vient peser sur la décision à prendre : la clause en question est illicite comme manifestation de cette influence perturbatrice.

Eh bien ! ce qui est vrai dans les deux cas précités l'est aussi, a-t-on dit, de la clause qui impose le choix d'un instituteur congréganiste. L'assimilation a été soutenue avec beaucoup de force par M. Jules Roche à la Chambre des députés (1). Imposer à une commune l'obligation d'entretenir une école confessionnelle, ce serait imposer aux individus que cette commune comprend l'obligation d'élever à perpétuité leurs enfants dans un dogme et une foi déterminés ; c'est par suite porter à la liberté de conscience une atteinte égale à celle que subit la personne qui, en retour de la libéralité reçue, s'engage à entrer dans la prêtrise.

1. Martin, *op. cit.* page 86.

Je crois qu'on a fort bien répondu à l'argumentation de M. Roche en faisant remarquer que s'il y a violation de la liberté de conscience à imposer comme condition d'une libéralité l'entrée dans la prêtrise, c'est que suivant les principes généraux et l'esprit de toute notre législation il y a opposition entre la profession laïque et la profession religieuse, et que la même opposition ne se rencontrant pas entre l'enseignement laïque et l'enseignement congréganiste, l'assimilation des deux clauses manque de base. C'est qu'en effet dans la législation qui a régi jusqu'à ces dernières années notre enseignement public, il était indifférent que la mission éducatrice fût confiée à des laïques ou à des religieux ; le programme enseigné était dans les deux cas semblable, semblable aussi l'esprit selon lequel il devait l'être. Il n'y avait point, je ne dis pas en théorie, mais du moins en pratique, deux conceptions adverses de l'éducation populaire, l'une dérivée de la philosophie et des principes modernes, indifférente entre les religions, n'en combattant et n'en servant aucune, laissant à la famille le soin de pourvoir à l'enseignement religieux, autre rattachée à l'idée traditionnelle qui fait de cet enseignement la substance même de l'éducation. C'est cette dernière seulement que la législation positive connaissait, n'ayant pour ainsi dire aucun soupçon de l'autre et n'en parlant pas, même pour l'écarter. Cela est vrai même de la loi du 14 juin 1850, qui donnait au préfet le droit de prendre des arrêtés de laïcisation : la substitution par cette voie d'un instituteur laïque à un congréganiste n'impliquait nullement l'adhésion donnée à la conception de l'enseignement laïque de pré-

férence à la conception de l'enseignement religieux ; « ce choix, dit très justement M. Martin, ne mettait point en jeu la liberté de conscience ; on ne l'envisageait que sous le rapport de l'utilité que la commune pouvait y trouver. »

La conclusion de tout ceci est qu'aucun principe essentiel n'était lésé par la clause qui, sous le régime antérieur à 1886, imposait à la commune l'entretien d'une école confessionnelle : ladite clause était par conséquent licite.

Envisagée à ce point de vue, la question pourrait bien avoir changé d'aspect et appelé une solution différente dès avant la loi de 1886, par le seul fait de la laïcisation des programmes opérée en 1882. Dans la loi du 28 mars 1882 se manifestait un esprit nouveau, qui mettait en opposition deux conceptions de l'enseignement et excluait la conception traditionnelle au profit de celle qui s'incarne dans la formule désormais célèbre : gratuité, obligation, laïcité. Il est certain que dans la conception nouvelle la liberté de choix entre l'instituteur laïque et l'instituteur religieux prenait une portée subitement agrandie : le programme exclusivement laïque ne pouvait être rigoureusement appliqué, sinon dans sa lettre, au moins dans son esprit, que par un instituteur également laïque : le congréganiste ne pouvait guère, sans manquer à ce qu'il pouvait légitimement considérer comme une obligation morale des plus étroites, s'abstenir de tout enseignement religieux (1). Le choix entre l'un ou l'autre

1. A ce point de vue la loi de 1882 appelait comme un complément nécessaire et comme le développement logique de son principe la loi de 1886.

n'était donc plus pour la commune une simple question d'utilité pratique, mais une question de direction morale imprimée à l'enseignement : la liberté de conscience entraînait en jeu, et la condition d'entretenir une école confessionnelle devenait illicite.

En résumé, la clause en question était licite avant la loi du 28 mars 1882 ; il est incertain qu'elle l'ait été dans la période comprise entre la loi de 1882 et celle du 30 octobre 1886 ; il est certain qu'elle ne l'est plus sous le régime inauguré par cette loi, c'est-à-dire que, contenue dans un acte de fondation postérieur au 30 octobre 1886, elle est indubitablement nulle.

La loi de 1886 n'a-t-elle pas eu un effet bien plus radical ? n'a-t-elle pas communiqué un caractère illicite aux conditions contenues dans les actes antérieurs de fondation ? ne régit-elle pas le passé comme le présent ?

La solution de cette question se rattache à celle d'une question beaucoup plus générale, qui peut se formuler ainsi : les conditions impossibles et les conditions contraires aux lois ou aux mœurs, telles que l'article 900 les prévoit et en règle le sort, sont-elles seulement celles qui ont ce caractère dès l'origine, dès le moment où est fait l'acte testamentaire ou entre-vifs qui les renferme, ou bien comprend-t-on sous la dénomination de conditions illicites et impossibles celles mêmes qui ne deviennent telles que par l'effet de mesures postérieures à cet acte ?

Il s'agit là d'une question de principe, qu'on peut soulever à propos de l'interprétation de l'article 900, mais qui n'a guère d'application pratique qu'à la matière des fondations. En cette matière elle s'était posée avant la

loi du 30 octobre 1886 : je citerai une hypothèse sur laquelle la jurisprudence a eu à se prononcer plus d'une fois. On sait que sous le régime de la loi du 14 juin 1854, le préfet pouvait, par un arrêté pris soit de sa propre initiative, soit sur délibération et avis conforme du conseil municipal, substituer un instituteur laïque à un congréganiste : quelles étaient les conséquences de cet arrêté de laïcisation quand il intervenait à propos d'une école qui avait son origine dans une fondation imposant à la commune la charge d'entretenir un instituteur congréganiste ? La réponse, il est facile de le voir, dépendait, en partie, de la solution à intervenir sur la question de principe que j'ai signalée, car il est certain que, si dans un langage correct on ne doit pas parler de condition impossible ou illicite proprement dite en un cas où la condition n'est telle que par l'effet de mesures postérieures à l'acte qui la renferme, l'action résolutoire naissait dans notre hypothèse au profit du fondateur ou de ses ayants-droit, et que l'arrêté de laïcisation avait pour conséquence la révocation de la libéralité faite à la commune (1). Je dis qu'elle n'en dépendait qu'en partie : en effet, à supposer qu'on eût le droit de parler ici de condition impossible ou illicite, bien que le vice de la condi-

1. Je suppose admise pour le moment une proposition que je m'efforcerai de démontrer plus loin : c'est qu'en supposant la libéralité non seulement conditionnelle, mais modale, c'est-à-dire faisant naître à la charge de la commune une véritable obligation, l'inaccomplissement de la charge par suite de l'arrêté de laïcisation donnait lieu à l'action résolutoire. Ceci a été contesté par M. Bartin.



tion ne fût point originaire, il ne s'en suivait pas nécessairement que le fondateur ou ses héritiers fussent privés de tout recours contre la commune : on pouvait parfaitement soutenir que la condition impossible ou illicite échappait à l'application de l'article 900 parce qu'elle était en réalité la cause de la disposition (1). Mais, quoi qu'il en soit de cette restriction, il n'en reste pas moins vrai que notre question avait son rôle à jouer dans l'hypothèse que je viens de présenter, de même que dans l'hypothèse faite sur l'application de la loi de 1886 aux fondations antérieures. Là aussi il ne suffit pas de décider qu'une condition impossible ou illicite après coup doit être régie par les mêmes règles que si elle l'avait été dès l'origine, pour en conclure légitimement que cette condition doit subir l'application de l'article 900 : si cette prétendue condition a été la cause véritable de la disposition, l'article 900 doit être écarté, et cela bien entendu quelle que soit l'époque où se manifeste le caractère illicite de la condition : il doit être écarté, non point parce que la condition n'était pas viciée dès l'origine, mais parce que son application est nécessairement limitée par les principes qui régissent la cause. Qu'il soit donc bien compris que si je ne me préoccupe pas de l'époque où le vice de la clause apparaît pour la déclarer illicite ou impossible, cela ne veut pas

1. Je raisonnerai dans la suite de ce développement comme si la condition sur laquelle on discute était, sans contestation possible, une véritable condition, non une cause : car je ne m'occupe en ce moment que de chercher en quels cas se rencontrent des conditions illicites ou impossibles. Mais cela ne préjuge en rien la théorie que j'exposerai sur l'étendue d'application de l'article 900.

dire qu'en l'espèce je me croirai forcé d'appliquer à la clause reconnue viciieuse l'article 900.

L'influence pratique de la solution à intervenir étant ainsi mise en lumière, demandons-nous quelle doit être cette solution. Je me rallie à l'opinion de ceux pour qui la condition impossible ou illicite doit être régie par les mêmes règles, qu'elle soit telle dès l'origine, ou quelle ne le devienne que par l'effet de mesures postérieures.

C'est la doctrine que je trouve dans deux arrêts (1) de Cour d'appel, l'un du 25 février 1880, l'autre du 11 juillet 1881, et dans une note de M. Labbé jointe à ces arrêts ; c'est aussi la doctrine qui a été soutenue à la Chambre par M. Jules Roche. Elle a été très vivement attaquée par M. Martin (2), qui y voit le résultat d'une confusion entre la théorie de l'accomplissement de la condition résolutoire et celle de la condition impossible

« On ne conçoit pas, dit-il, qu'une condition résolutoire qui tend à déterminer un fait pleinement possible au jour où elle intervient, se transforme, par l'effet d'un événement postérieur qui rend impossible le fait qu'elle impose, en une condition d'un fait impossible. c'est-à-dire en une condition résolutoire nécessaire, réputée non écrite aux termes de l'article 900. » J'avoue que cette affirmation ne saurait me convaincre.

1. Sirey 1882, 2-97 : ces arrêts sont intervenus à propos d'arrêts de laïcisation pris par des préfets : ils admettent l'action résolutoire intentés par les héritiers des fondateurs, mais c'est parce que la condition illicite leur apparaît comme la cause de la disposition.

2. *Op. cit.* pages 84-85.

Dire qu'il y a ici application de la théorie de la condition résolutoire accomplie, parce qu'on ne conçoit pas le contraire, c'est ne rien dire, ou faire une pétition de principe. En règle générale, toutes les fois qu'une condition résolutoire s'accomplit, la disposition subordonnée est rétroactivement annulée ; à cette règle l'article 900 apporte une dérogation pour le cas où tendant à imposer un fait impossible la condition résolutoire est d'un accomplissement nécessaire. Il s'agit précisément de savoir si l'article 900 vise le cas où l'impossibilité légale d'accomplir le fait est, non pas concomitante, mais postérieure à la disposition. Or le texte de l'article 900 est général, compréhensif ; il y est question des conditions impossibles, illicites, contraires aux mœurs, sans que rien indique que ces caractères doivent être ceux de la condition dès l'origine pour que la règle posée reçoive son application. Je suis donc autorisé à dire qu'elle doit la recevoir à quelque moment qu'apparaisse le vice de la condition.

La solution que j'adopte enlève tout intérêt pratique à la question de savoir si, antérieurement à la loi de 1886, la condition d'entretenir un instituteur congréganiste était ou non licite. J'appliquerai la même règle aux clauses de ce genre qui sont contenues dans des fondations antérieures et à celles qui le sont dans des fondations postérieures. Nous verrons plus loin quelle est cette règle.

Voilà où conduisent les principes du droit commun. Je voudrais examiner rapidement si la loi du 30 octobre 1886 n'y a pas dérogé. La commission de la Chambre avait adopté l'article 18 ainsi conçu : les donations et legs

faits sous la condition que les salles d'asile et écoles publiques seraient dirigés par des congréganistes ou auraient un caractère confessionnel, resteront acquis aux communes, sauf indemnité, s'il y a lieu, en cas de réclamation de la part du donateur ou de ses ayants droit, dans le délai de six mois à partir du jour de l'arrête de laïcisation ou de suppression de l'école. »

Le principe admis était que la commune ne pouvait pas conserver purement et simplement le bénéfice de la fondation, ou du moins que le défaut d'exécution de la condition pouvait, je ne dis pas devait, donner lieu à une réclamation légitime de la part des héritiers du fondateur, ou de lui-même; je dis: pouvais, car je ne crois pas que cet article 18 posât en règle générale qu'une indemnité serait due par la commune: s'il l'avait fait, le système de la loi aurait pu se résumer très simplement en deux propositions; d'une part on reconnaît que les clauses originaires licites ne deviennent pas illicites par le fait de la loi nouvelle, qu'il y a là seulement des conditions résolutoires accomplies, que par suite au lieu de leur appliquer, comme aux conditions de même nature contenues dans des actes postérieurs à la loi nouvelle, l'article 900, et de les réputer simplement non écrites, il faut leur appliquer les articles 953 et 1046, et reconnaître aux fondateurs ou à leurs ayants-droit une action résolutoire; d'autre part, comme l'exercice de cette action résolutoire troublerait des situations acquises, on y substitue une action en indemnité qui, tout en procurant aux fondateurs une légitime satisfaction, lésa moins gravement les intérêts des communes.

Ce système, l'article 18 n'en admettait que la seconde proposition ; toutes les fois qu'il y aura lieu à l'exercice de l'action résolutoire, elle sera remplacée par une action en indemnité. Mais sur la question de savoir quand l'action en résolution naîtra au profit des héritiers, aucune solution de principe n'était donnée, champ libre était laissé à l'application des règles de droit commun. Cela me semble ressortir à l'évidence des mots « s'il y a lieu » insérés au texte.

Quoiqu'il en soit d'ailleurs de l'interprétation de cet article 18, il est absolument certain que l'article 19, qui en tient la place dans la rédaction définitive, s'en réfère sur ce point au droit commun : il suffit pour s'en convaincre de se reporter aux travaux préparatoires et à la discussion qui eut lieu devant les chambres : un débat très confus s'engagea sur notre question, et enfin de compte il fut résolu que l'article 19 n'apporterait dérogation au droit commun que sur un point de détail, en abrégeant le délai de l'action en résolution. Le système définitif de la loi est le suivant : 1° c'est par l'application du droit commun que sont déterminés les cas où la résolution peut avoir lieu ; 2° l'action en résolution sera exercée en nature, et non pas remplacée par une action en indemnité. 3° Le délai d'exercice en est réduit à deux ans, à dater le jour où l'arrêté de laïcisation ou de suppression d'école est inséré au journal officiel.

Ainsi subsistent intégralement les conclusions que nous avons tirées de l'examen des principes du droit commun.

SECTION III.

*Fondations pieuses.*

Des fondations pieuses je ne dirai presque rien. Je n'en parle que pour signaler ici encore le contraste déjà signalé, à propos de l'étendue des droits des fondateurs, entre l'ancien droit et le droit moderne. Le premier laissait au fondateur une liberté presque illimitée. Ainsi je lis dans M. Taine que, en 1789, sur 1500 emplois ou bénéfices, l'archevêque de Besançon nommait à moins de 100 : l'auteur nous montre comment se faisaient les autres nominations : dans 70 paroisses, elles se faisaient par les seigneurs fondateurs ou bienfaiteurs (1). Rien de semblable n'est possible aujourd'hui. Les fondateurs d'églises notamment ne peuvent plus se réserver que des droits purement honorifiques et fort insignifiants : celui par exemple de retenir la propriété d'un banc ou d'une chapelle pour eux et leur famille, tant qu'elle existera. — Peut-on du moins avoir la sépulture dans une église qu'on a construite ? Un décret du 23 prairial, an XII, en son article 1 défend toute inhumation dans les églises, temples, synagogues, chapelles publiques.

1. *Révolution*, 4, page 232.

---



## CHAPITRE II

### DES DIFFÉRENTES INTERPRÉTATIONS DE L'ARTICLE 900 DANS LEURS RAPPORTS AVEC LES FONDATIONS

De l'étude que je voulais faire sur les conditions impossibles et illicites dans les fondations, j'ai terminé ce qu'on pourrait appeler la partie descriptive. Quel est le sort des clauses vicieuses? quelle est leur influence sur l'acte de fondation qui les renferme? Telle est la seconde partie, et non la moins difficile. L'article 900 a reçu plusieurs interprétations, et suivant qu'on adopte l'une ou l'autre, on agrandit ou on restreint la portée de la règle. Il nous faut présenter chacune de ces interprétations, et en faire sortir les conséquences pratiques qu'elle contient.

#### SECTION I.

##### *L'article 900 considéré comme purement interprétatif de volonté*

Suivant une première doctrine l'article 900 ne contiendrait pas une règle de droit proprement dite, mais seulement l'expression de la volonté probable du disposant. La loi suppose que le disposant n'a pas connu le vice de la

clause jointe à sa libéralité, que, s'il l'eût connue, il eût effacé la clause et maintenu la disposition. Elle fait d'autorité ce qu'il eut probablement fait : elle répute la clause non écrite et laisse à la donation ou au testament toute sa force.

Telle a été la doctrine soutenue par Demolombe (1) et Bertauld (2). Elle ne laisse à l'article 900 qu'un champ d'application extrêmement restreint. La loi interprète la volonté du disposant : elle s'incline donc devant cette volonté expressément manifestée ; elle supplée des indications absentes, donc elle doit laisser subsister les indications données, et toutes les fois que l'intention du disposant aura été de subordonner le principal à l'accessoire, de faire dépendre du sort de la clause le sort de la libéralité tout entière, cette intention sera obéie, et l'inexécution de la charge impossible ou illicite entraînera résolution de l'acte.

Si l'on songe que dans notre droit il est de principe que la volonté n'a pas besoin, pour produire des effets juridiques, d'être revêtue de certaines formes déterminées, et que celle qu'on cherche ici pourra s'induire des termes de l'acte, de la contexture même de la disposition, aussi bien que se manifester par une clause expresse, on voit combien sera rare en notre matière l'application de l'article 900.

De fait il est très fréquent qu'à l'acte de fondation soit jointe cette mention, qu'au cas où les autorisations nécessaires à la pleine et entière exécution des volontés du

1. Tome XVIII n° 207, page 251.

2. *Questions pratiques et doctrinales* II, p. 233.

fondateur ne seraient pas accordées, les biens devront faire retour aux héritiers légitimes. J'ai rencontré semblable clause dans la plupart des actes cités dans les recueils de jurisprudence. Joignez-y qu'en mainte hypothèse la condition impossible ou illicite sera d'assez grande importance pour qu'on puisse, sans craindre de se tromper, prêter au fondateur l'intention de subordonner à son exécution le sort de la disposition de biens qu'il n'a probablement consentie qu'afin de procurer l'accomplissement du fait en question. Telle aura été certainement sa volonté, par exemple, pour les clauses qui établissent une administration spéciale en matière de fondations charitables pour celle qui impose le recrutement du personnel, hospitalier parmi les membres des congrégations religieuses vouées au soulagement des malades et des pauvres, pour celle aussi qui en matière de fondations d'instruction tend à l'adoption d'un programme d'enseignement en opposition avec le programme officiel, ou à la nomination des maîtres ou instituteurs selon des conditions inacceptables.

Quelles seront donc les clauses auxquelles nous appliquerons l'article 900? Celles dont le disposant n'a pas dit que leur inexécution devait entraîner la nullité de l'acte, et qui d'autre part sont de trop minime importance pour qu'on puisse lui prêter cette intention sans qu'il l'ait exprimée. Par exemple M. Laurent cite, à titre de bizarrerie, une clause d'un acte de fondation d'hôpital portant que le médecin attaché à l'établissement devra être un homéopathe; ce n'est pas hasarder beaucoup que de dire que l'administration ne sera pas tenue de

respecter cette prescription, et qu'à la condition ainsi formulée on pourra appliquer l'article 900. Autre exemple : j'ai eu l'occasion de citer une espèce où le fondateur d'un lit dans un hospice avait conféré à son héritier le droit de présenter des malades en dehors des conditions normales d'admission, telles que le règlement intérieur de l'établissement les fixait ; je ne considère pas une pareille clause comme illicite ; mais en admettant qu'elle le fût, ce qui est l'avis de M. Laurent, il n'y aurait, ce me semble, nulle difficulté à la réputer simplement non écrite. Je ne veux pas poursuivre plus loin ; il n'y a pas ici de principe à poser, puisque la règle est le respect de la volonté tacite ou expresse du disposant : il n'y a que des questions d'espèces.

## SECTION II.

### *L'article 900 considéré comme impératif ; théorie de la cause impulsive et déterminante.*

Une autre théorie a été soutenue sur l'article 900. Ce n'est pas un article interprétatif, mais bien impératif : il renferme une règle, et rien n'autorise à croire que cette règle n'ait pour fondement qu'une simple présomption. Que trouve-t-on dans les libéralités avec charge ? Deux intentions du disposant, l'une principale et l'autre accessoire. L'intention principale est celle de conférer un bien-fait ; elle est par hypothèse licite et peut recevoir exécution. L'intention accessoire est d'imposer au bénéficiaire

de la libéralité une charge déterminée, fait, abstention, prestation : celle-là par hypothèse est illicite et ne saurait être exécutée, soit qu'il y ait à son exécution une impossibilité juridique ou matérielle, soit qu'on ne puisse y procéder sans violer la loi, l'ordre public ou les bonnes mœurs. Eh bien ! la loi fait le triage des intentions du disposant : l'intention principale est mise à part, isolée du contact compromettant de l'intention accessoire qui est vicieuse, soustraite à la mort juridique qui frappe celle-ci. Comme elle est l'intention principale, elle suffit à communiquer la vie à l'acte tout entier : elle est maintenue, la disposition subsistera, amputée de la clause vicieuse.

On pourrait croire que cette doctrine ne diffère pas sensiblement de la première. Voici où éclate la différence : il ne s'agit pas d'interpréter la volonté du disposant ; on fait violence à cette volonté, car on maintient la libéralité en faisant tomber la clause illicite, alors même que le disposant a déclaré subordonner le sort de celle-là au sort de celle-ci. Il y a commandement de la loi, et non plus simple présomption. La loi commande de disjoindre les deux intentions, celle de faire la libéralité, celle de procurer l'exécution de la charge, même si elles sont dans l'intention expressément manifestée du disposant assez intimement liées pour appeler un sort commun.

Voici donc la conséquence de cette interprétation donnée à l'article 900. La clause illicite sera effacée et la disposition maintenue, contre la volonté du donateur qui a déclaré cette clause de rigueur.

Le sera-t-elle toujours ? Non, car si l'article 900 ne

comporte pas dans cette théorie les exceptions multipliées qu'y fait naître, dans la première, la volonté du disposant, mère et souveraine directrice de la règle légale, il comporte cependant certaines limitations : l'application théorique dont on appuie la règle en détermine la portée pratique.

Si la clause est effacée et la libéralité maintenue, c'est que l'intention licite, celle de conférer un bienfait, est le principe et constitue le fondement de la disposition. Mais supposons que du premier rang elle passe au second, que dans l'acte entre vifs ou testamentaire, l'intention principale du disposant ait été de procurer l'exécution de la charge, et celle de conférer un bienfait l'intention accessoire seulement. Cette interversion des rôles suffit à ruiner l'explication qu'on a donnée de l'article 900, et, ne s'expliquant plus, il ne s'applique plus. Par hypothèse, l'intention principale est illicite et ne peut pas recevoir son exécution ; est seule licite l'intention accessoire et subordonnée, qui ne suffit pas à vivifier la disposition, et celle-ci tombe toute entière.

Cette doctrine a été soutenue principalement par M. Labbé (1) dont je ne fais que reproduire ici, et d'une manière bien imparfaite, les explications éparses en diverses notes. C'est bien aussi du même principe que semble découler la solution adoptée par la jurisprudence, solution qu'on peut enfermer dans la formule suivante : la condition impossible ou illicite entraîne résolution de la dis-

1. Note insérée au Sirey 1884-1-305 : — Cette opinion compte de nombreux partisans. Voyez *Revue critique* 1884, page 644, et 1887 page 393, et une note dans Sirey 1887-1-240.



position libérale toutes les fois qu'elle en a été la cause impulsive et déterminante. Que la jurisprudence ait parfois été trop loin dans l'application de ce principe, je l'accorde, et certaines décisions semblent se rattacher plutôt au premier système qu'à celui dont je viens de faire une rapide exposition. Mais, prise dans son ensemble, elle se résume en ces deux propositions qui sont l'aboutissement pratique de la théorie : l'article 900 est impératif et s'applique à toute clause, impossible ou illicite, lors même que le disposant aurait déclaré subordonner l'exécution de l'acte à celle de la condition ; — l'article 900 cesse de s'appliquer quand la condition est en réalité la cause impulsive et déterminante de la libéralité (1).

La restriction ainsi apportée à l'article 900 s'adapte merveilleusement aux fondations. C'est surtout du fondateur qu'il est vrai de dire que son intention principale et dominante a été de procurer l'exécution de la charge imposée. Il a fait une disposition de biens en faveur de la personne morale ; ce n'est assurément pas dans le but de gratifier cette personne morale elle-même : on ne saurait à proprement parler concevoir une intention libérale à l'adresse de cette entité juridique qui n'ayant pas d'existence réelle ne saurait avoir ni douleur ni plaisir, de cette abstraction personnifiée qui, susceptible d'être sujet actif ou passif de droits patrimoniaux, ne peut être donataire

1. Sur le caractère impératif de l'article 900 voyez les arrêts suivants : Sirey 1857-1-273. 1861, 2, 59. — Dalloz 1866, 2, 84—1868, 1, 446 — Sirey 187, 12, 13 — 1884-1-305. — Sur l'exception faite à l'article 900 : Sirey 1864, 1, 269 — 1868, 1, 435.—1875, 1, 293—1879, 1, 413 —1884, 1, 305—1887, 1, 240.

ou légataire qu'au point de vue des relations juridiques nées de la disposition, jamais au point de vue du bénéfice réel, de l'avantage tangible, pratique, matériel qui en résulte. Dans la fondation il y a certes la volonté de conférer un bienfait, mais ce n'est pas à la personne morale, le mot de bienfait appliqué à elle n'aurait aucun sens, c'est à ceux qui tireront de la fondation le profit matériel ou moral que le seul but du donateur était de leur procurer, aux indigents qui seront secourus, aux orphelins qui seront recueillis, aux enfants qui seront instruits. Voilà les bénéficiaires véritables de la fondation, et à considérer l'acte à ce point de vue, on peut dire, empruntant à la jurisprudence sa formule, que l'intention libérale a été la cause impulsive et déterminante de la disposition. Mais qu'on y prenne bien garde : ces véritables bénéficiaires de la fondation n'apparaissent pas dans l'acte qui la contient ; ils n'ont aucun rôle juridique. Il ne naît de rapports de droit qu'entre le fondateur et la personne morale : et alors comment se manifeste l'intention libérale qui explique la transmission des biens ? Sous la forme de la charge imposée à la personne morale, charge de faire des biens l'emploi prescrit par le fondateur. Cet emploi est le but et la raison d'être de la fondation ; la transmission des biens à la personne morale n'est qu'un moyen d'en obtenir et à d'en assurer la perpétuité, ce n'est pas une disposition qui trouve son explication en elle-même. Que l'on compare à cette charge d'emploi la charge telle qu'elle se présente d'ordinaire dans les libéralités : d'ordinaire la charge diminue l'émolument de la donation ou du legs, on restreint le bénéfice, mais laisse à l'acte sa physio-

nomie de libéralité : elle n'est qu'un élément accessoire, je dirai presque un accident : au contraire l'emploi dans la fondation absorbe tout l'émolument des biens donnés : il impose à la personne morale une obligation qui est l'exact équivalent de la prestation du fondateur ; par suite il transforme la physionomie de l'acte, dont il est l'élément principal ; il en fait un acte, je ne dis pas à titre onéreux (1), mais synallagmatique. En résumé, dans la donation ou le legs avec charge, la libéralité subsiste alors même que l'objet de la charge était en fait impossible ou illicite, parce que la véritable fin de l'acte, qui est la libéralité à accomplir, peut être atteinte ; dans la fondation, quand l'emploi prescrit ne peut pas se faire, la fondation doit tomber, parce que la véritable fin de l'acte, qui est l'affectation des biens à une œuvre déterminée, n'a pas été atteinte.

Il importe toutefois de ne pas exagérer la portée de la limitation que reçoit en notre matière l'article 900. Il résulte de la théorie exposée que si l'intention principale du disposant ne peut pas être réalisée la disposition entière est nulle. Mais faut-il considérer que l'intention principale réside, une et indivisible, dans l'ensemble des clauses relatives à l'emploi des biens et à l'organisation de l'œuvre fondée ; que par suite, si une seule de ces clauses est d'exécution impossible, nous aurons le droit de dire que l'intention principale n'est pas exécutée ? si cela était, l'article 900 ne s'appliquerait jamais aux fondations, conséquence manifestement inacceptable, puisque, déclaré impératif il serait en cette matière lettre morte, au lieu

1. Je m'expliquerai plus tard sur ce point important et très délicat.

que reconnu purement interprétatif il recevrait encore une certaine application. — Non, les charges imposées à la personne morale ne forment pas un tout indivisible : il faut distinguer parmi les clauses de l'acte, celles qui contiennent l'indication du but poursuivi, où apparaît le principe fondamental, l'élément essentiel de la disposition, ce qui en forme le fond et comme la substance irréductible : si ces clauses sont illicites, il est vrai de dire que l'intention principale, et pour ainsi dire créatrice de la fondation, ne peut pas recevoir exécution, et que l'article 900 ne doit pas s'appliquer. — S'agit-il au contraire d'une condition qui, inexécutée, n'empêche cependant pas la fondation d'avoir un sens, une raison d'être, de réaliser ce qui était l'idée essentielle du disposant, alors quelle que soit d'ailleurs l'importance de cette condition, avec quelque énergie que le fondateur ait voulu son exécution, l'article 900 s'appliquera.

Je demande pardon de ces développements abstraits, de cette trop longue promenade à travers une série d'idées purement théoriques et quelque peu quintessenciées, et j'arrive à l'application des principes exposés.

Prenons d'abord des cas où il apparaisse clairement que l'article 900 doit avoir tout son effet. J'ai fondé un hospice et fourni tout ce qui est nécessaire à son fonctionnement dans l'avenir : j'ai ajouté cette condition que les biens donnés seront à perpétuité inaliénables, et formellement déclaré que si cette clause était rejetée, la libéralité serait non avenue; la clause est de rigueur, ma volonté est là-dessus d'une évidence et d'une énergie qui ne peuvent laisser aucun doute. Repousserons-nous l'application de l'article

900 ? Pas le moins du monde, car il est certain que, si énergiquement que j'aie voulu l'exécution de la clause, cependant l'inaliénabilité des biens n'a pas pu être le but de ma disposition, je n'ai pas donné mes biens à seule fin de les rendre inaliénables, cela est l'évidence même ; je les ai donné pour fonder un hospice : voilà la fin de mon acte, elle peut être atteinte, la libéralité doit être maintenue. Même solution, avec la même certitude, pour la fondation faite sous cette condition que l'État n'usera pas de son droit de réduction ; il y a doute sur le point de savoir si cette condition est ou non licite (1) : en la considérant avec quelques auteurs, comme illicite, on doit reconnaître que l'article 900 s'y appliquera : quelque importance qu'on y ait attachée elle ne constitue jamais la cause impulsive et déterminante de la fondation. La fondation avait pour but l'affectation perpétuelle des biens à un cer-

1. Je la crois parfaitement licite : pour qu'elle ne le fût pas, il faudrait que le droit de réduire les libéralités fut pour l'État un droit essentiel, tenant à l'ordre public, dont il ne fut pas permis de gêner l'exercice en y attachant comme conséquence le retrait de la disposition. Or c'est ce que je ne puis admettre : il est permis d'abord de se demander où l'État a puisé ce droit qui n'est inscrit en aucun texte (voyez *Revue historique*, 1864, étude sur le droit de réduction, Bernard) ; en tous cas ce qui tient à l'ordre public, c'est seulement le droit d'autoriser ou de rejeter pour le tout la libéralité offerte à une personne morale, non celui d'accepter pour partie, qui est une sorte de procédé transactionnel, d'expédient, dont le fondateur peut légitimement vouloir écarter l'application. En ce sens Dalloz 1863 1-113. *Contra* Dalloz 1861-1 229 et Laurent, tome XI p. 361 et suivantes.

tain emploi ; si cette affectation peut être faite, malgré la réduction opérée par l'État sur le montant de la libéralité, l'intention principale est exécutée, l'acte n'est pas nul, il peut être maintenu.

Par contraste, voici des cas où la prétendue condition illicite est certainement l'élément essentiel, vivifiant, de la disposition, la clef de voûte dont la chute entraîne celle de tout l'édifice. J'ai eu occasion de parler longuement des fondations où l'emploi prescrit ne rentre pas dans les attributions de la personne morale donataire ou légataire : par exemple fondations d'instruction ou de bienfaisance adressées aux établissements publics religieux. La jurisprudence, on le sait, considère que la libéralité est faite au service public plutôt qu'à l'établissement désigné, et qu'elle doit être attribuée à l'établissement chargé du service ; elle regarde la désignation faite d'un établissement incompetent comme une condition impossible, et l'efface en vertu de l'article 900. On sait aussi que j'ai combattu cette manière de voir, qui consiste à substituer un donataire exclu par le fondateur à celui qu'il a voulu avoir ; j'ajoutais qu'à vouloir trouver dans l'hypothèse une condition illicite on était logiquement conduit à considérer comme jouant ce rôle, non pas la clause portant désignation d'un établissement incapable, mais celle portant affectation des biens à une destination qui n'était pas celle de l'établissement gratifié, et je faisais pressentir que cette façon d'envisager les choses devait contraindre à écarter l'application de l'article 900. C'est ici en effet le moment de faire entrer en scène la théorie de la cause impulsive. L'emploi des biens à l'entretien d'une école, d'un orphe-



linat, à la distribution de secours ou de pensions aux pauvres, aux vieillards, a été le but de la fondation. Or en considérant que l'établissement religieux est un donataire capable, et qu'il y a lieu seulement de tenir pour illicite la condition d'employer les biens à une œuvre d'instruction ou de bienfaisance, qui ne rentre pas dans les attributions de la fabrique ou du consistoire, on ne devrait cependant pas faire à cette condition l'application de l'article 900 : car elle est la cause même de la disposition, et sa nullité doit entraîner celle de l'acte entier. La fabrique ou le consistoire ne pourraient donc pas, étant incapables de faire l'emploi prescrit, garder les biens; ce serait les garder sans cause.

Je ne crois pas qu'on puisse rencontrer nulle part une application moins contestable de notre principe. Les difficultés et les controverses vont au contraire se multiplier dans les hypothèses à l'examen desquelles j'arrive.

La question peut se poser d'abord pour les clauses dites d'administration spéciale. A mon avis on n'en rencontre guère; on se souvient que dans la plupart des cas où la jurisprudence voit une libéralité à un établissement public capable, avec clause d'administration spéciale au profit d'un autre établissement investi par le fondateur de pouvoirs qu'il ne peut pas exercer, je vois une libéralité adressée à un établissement incapable ou à une entité juridique que le fondateur n'a pas pu créer par sa seule volonté, — par conséquent un acte nul. J'élimine ainsi presque complètement de la pratique la clause d'administration spéciale. Mais supposons qu'on la rencontre nettement formulée : y appliquerons-nous l'article 900 ? Par exemple

une maison a été donnée au bureau de bienfaisance pour les revenus en être employés à servir un certain nombre de pensions à des ouvriers hors d'état de travailler : il est dit que les bénéficiaires seront désignés par un comité composé d'autres personnes que les administrateurs du bureau de bienfaisance, et cette clause est déclarée de rigueur. Peut-on l'effacer et maintenir la fondation ? Je le crois ; l'intention principale du fondateur a été que les pensions fussent distribuées, et cette intention peut s'exécuter ; sans doute il a attaché une importance très grande au fait de la désignation des bénéficiaires par un comité spécial, mais il est difficile de dire que le rôle donné à ce comité a été le but de la disposition. Sans doute encore, effacer la clause en maintenant la disposition, ce sera défigurer la volonté du fondateur, mais, puisque la règle de l'article 900 est impérative, elle a fatalement pour effet de briser cette volonté.

La jurisprudence n'a jamais admis que la clause en question pût être soustraite à l'application de l'article 900 : elle l'a toujours réputée non écrite (1).

Ce que je viens de dire de la clause d'administration spéciale proprement dite, à plus forte raison faudrait-il l'appliquer aux clauses qui, sans substituer à l'administration légale un rouage nouveau, tendent seulement à restreindre les pouvoirs et les attributions de celle-ci, clauses qui sont, j'ai eu l'occasion de le montrer, d'une extrême variété. Ce ne sont guère en effet que des diminutifs de la clause d'administration spéciale, des réductions plus ou moins affaiblies du type originaire, et les

1. Dalloz, 1856, I, 454, 1859, I, 444, 1876, I, 132.

effacer c'est léser moins gravement qu'en effaçant celle-ci la volonté du disposant.

Il y a une clause qui se présente assez fréquemment en matière de fondation d'hospice : celle qui impose le choix de sœurs hospitalières. Je la crois licite, mais il y a des auteurs qui soutiennent qu'elle ne l'est pas : en supposant exacte leur manière de voir, cette clause tombe-t-elle sous le coup de l'article 900 ? Oui, car le recrutement du personnel hospitalier dans les conditions déterminées n'a pas été le but de la fondation : que le fondateur ait tenu assez énergiquement à l'exécution de cette clause pour déclarer qu'il entendait y subordonner la disposition, cela est possible, mais ne peut pas changer la nature de l'acte, qui a eu pour fin essentielle le soulagement des malades et qui peut subsister puisque cette fin est atteinte.

Question en apparence analogue sur les fondations d'écoles confessionnelles faites soit avant, soit après la loi du 30 octobre 1886 (1) : peu importe la date de la fondation, si on considère que l'article 900 vise les conditions impossibles à quelque époque que se manifeste l'impossibilité. Les fonds nécessaires à l'entretien d'une école ont été donnés à une commune sous la condition que l'enseignement serait confié à un instituteur congréganiste ; la commune est, par la loi de 1886, mise dans l'impossibilité légale d'avoir un instituteur qui ne soit pas laïque. Faudra-t-il cependant la laisser en possession des biens ? On a dit (2) que la question se ramenait à

1. Et aussi pour les écoles laïcisées par arrêté préfectoral en vertu de la loi du 14 juin 1854.

2. Bartin, *op cit.* pages 374-375.

chercher de quelle manière devait être caractérisé l'emploi prescrit par le fondateur, s'il consistait essentiellement en l'entretien d'une école, la qualité de l'instituteur et l'esprit de l'enseignement n'étant qu'un élément important sans doute, mais accessoire et de second plan, ou si au contraire la préoccupation principale, l'intention dominante du fondateur, manifestées par le choix de l'instituteur, avaient été que les enfants dussent recevoir une éducation conforme aux principes de la foi catholique, imbue de l'esprit religieux, esprit et principes dont la propagation chez les générations à venir de la commune était le but même de la fondation. Avec la première interprétation l'intention qui a été déterminante de la disposition continuerait d'être exécutée même après laïcisation de l'école, et l'article 900 s'appliquerait. Avec la seconde, la laïcisation porte atteinte à ce qui était la cause et l'élément vital de la fondation, et la commune n'a pas le droit de garder les biens. Posée dans ces termes, la question n'est pas susceptible de recevoir une solution de principe : tantôt on appliquera l'article 900, et tantôt non, suivant que l'examen de l'acte de fondation, les circonstances dans lesquelles il est intervenu, tout enfin ce qui peut éclairer les juges sur les intentions du disposant, aura conduit à l'une ou à l'autre des interprétations possibles. Il y a des cas où il ne serait pas douteux que l'article 900 dût être écarté : dans une commune où les habitants professent en majorité le culte protestant, et qui possède une école dirigée par un instituteur nommé sur la présentation du consistoire (article 31, loi du 15 mars 1850), une fondation a été faite pour

l'entretien d'une école dirigée par un congréganiste ; l'intention dominante du fondateur a été évidemment d'élever école contre école, si l'enseignement ne peut pas être donné dans son école avec le caractère spécial qu'il a voulu lui conférer, la fondation doit être considérée comme non avenue.

Dans les cas où l'intention du fondateur n'apparaît pas avec cette netteté, ce sera affaire au juge de la découvrir et de décider en conséquence.

En théorie pure, cette distinction est très ingénieusement posée ; mais en pratique n'y a-t-il pas quelque subtilité à la faire, et surtout grand embarras ? Je crois, quant à moi, que l'esprit suivant lequel est donné l'enseignement, et par suite la personnalité du maître qui en est chargé, sont toujours en cette matière la chose essentielle. On ne fait pas une fondation pour l'enseignement en général, on la fait pour un enseignement d'une nature et d'un caractère déterminés ; les uns pour un enseignement imbu des principes religieux, les autres pour un enseignement qui exclut ces principes, et celui qui veut l'un, par cela même repousse l'autre. Faire l'éducation de l'enfant, c'est lui imposer une direction morale et intellectuelle ; or, on ne saurait lui en imposer deux à la fois, elles s'excluent l'une l'autre, il faut choisir. Le fondateur d'une école confessionnelle a fait son choix d'une manière claire et précise : il a déclaré, par le choix qu'il impose d'une catégorie spéciale d'instituteurs, quel genre d'enseignement a été le but de la fondation, et s'il n'est plus possible de donner cet enseignement, la disposition n'a plus de cause.

C'est en ce sens que la jurisprudence s'est prononcée ; elle n'a jamais admis l'application de l'article 900 aux fondations d'écoles confessionnelles, et je n'ai pas trouvé dans les arrêts trace de la distinction que j'exposais plus haut (1).

On trouvera peut être une contradiction entre cette solution, et celle qui applique l'article 900 à la clause d'administration spéciale dans les fondations de bienfaisance, notamment à la clause qui dans une fondation d'hospice impose le choix du personnel parmi les membres des congrégations hospitalières. La bienfaisance ne peut-elle pas être exercée, comme est donné l'enseignement, d'après un esprit différent selon les personnes auxquelles le fondateur aura confié la mission de désigner les bénéficiaires de sa libéralité ? n'y a-t-il pas un intérêt moral, qui est capital au jugement des âmes religieuses, et probablement à celui du fondateur qui a pris soin d'y veiller, à ce que le personnel hospitalier soit fourni par une congrégation ? cet intérêt ne peut-il pas se comparer à celui que met en jeu la question du choix de l'instituteur pour l'école confessionnelle ? Certes la comparaison est exacte en une certaine mesure, je ne crois pourtant pas qu'on puisse la pousser jusqu'au bout. Pourquoi appliqué-je l'article 900 aux clauses d'administration spéciale dans les fondations de bienfaisance ? C'est que, ce qui apparaît avant tout comme le but de la fondation, c'est le secours apporté à la maladie ou à l'indigence, le soulagement des misères et des besoins de tous

1. Sirey, 1882, II, 97. 1885, I, 49. 1887, I, 240. *Journal du Palais*, 1879, page 1074.



ceux qui souffrent: accomplir pour sa part le devoir social d'assistance aux faibles et aux vaincus des luttes de la vie, voilà **essentiellement** ce qu'a voulu le fondateur. Il a voulu aussi, je le suppose, qu'un esprit particulier présidât à son œuvre ; il a décidé, par exemple, qu'un ministre de son culte aurait la haute main sur la distribution des aumônes, que par lui seraient choisis les élus qui, dans la masse innombrable de ceux qui ont besoin de secours, seraient appelés aux bénéfices de la fondation. Je reconnais tout ce que cette intention a de respectable, je tiens pour légitime la volonté de subordonner à sa réalisation le sort de la libéralité, je regrette que l'article 900 ne permette pas d'en tenir compte ; mais cet article 900 je ne puis pas l'écarter, car je ne saurais admettre que l'exécution de cette clause ait été la cause déterminante de la libéralité ; que si profonds qu'on voie les dissentiments entre ceux qui ont une religion et ceux qui n'en professent aucune, si ardente que soit la lutte entre ceux qui croient et ceux qui ne croient pas, une fondation charitable puisse n'être, comme l'est naturellement toute fondation d'école, qu'un instrument de propagande au service de certains principes, (car il faudrait que les chosses fussent ainsi pour qu'on cessât d'appliquer l'article 900 aux clauses dont je parle,) et que, si elle ne peut pas remplir ce rôle, elle doive être considérée comme non avenue. Il y a autant d'enseignements que de doctrines philosophiques et religieuses, et la fondation faite pour l'un ne l'est pas pour l'autre ; il n'y a qu'une charité ; la bienfaisance est un terrain neutre. En matière de charité la chose donnée importe davantage que l'esprit suivant

lequel on la donne : en matière d'instruction l'enseignement donné importe moins que l'esprit suivant lequel on le donne ; et si la personnalité des administrateurs de la fondation charitable n'est jamais la cause et l'explication de la disposition, la personnalité du maître qui doit enseigner peut être cette cause et cette explication dans les fondations d'instruction.

### SECTION III

*L'article 900 rattaché au droit intermédiaire et considéré comme une disposition pénale.*

J'ai indiqué deux des interprétations données de l'article 900. Il y en a une troisième, qui a été exposée par M. Bartin (1) avec une vigueur d'esprit peu commune.

Le droit romain est notre ancien droit contenaient une disposition analogue à celle de l'article 900, mais applicable seulement aux testaments : ce n'est pas là que M. Bartin va chercher l'origine de la disposition du Code civil. Il rattache l'article 900 à un décret des 5-12 septembre 1791, dont le principe, rajeuni par la loi du 17 nivôse an II et successivement confirmé par tous les projets de Code civil, aurait été déposé dans la rédaction définitive avec les conséquences qu'il comportait dans le droit intermédiaire. Or la disposition du droit romain s'explique ordinairement par la faveur accordée aux testaments ; toute autre a été la pensée des rédacteurs du décret de 1791. Un nouvel ordre de choses se fondait,

1. *Op. cit.* page, 305 et suivantes.

heurtant des idées enracinées et des habitudes prises ; des droits nouveaux étaient conférés à tous les citoyens, des droits traditionnels retirés à quelques privilégiés ; la liberté de conscience, de principe philosophique, devenait principe législatif et juridique. Dans la lutte entre les partisans de l'ancien régime et ceux du nouveau, le décret de 1791 était une arme aux mains de ceux-ci : il visait en les énumérant les conditions et charges qui, dans les actes à titre gratuit, tendaient à ressusciter des droits abolis, la substitution par exemple, ou à restreindre les droits nouveaux proclamés par la Révolution, et les déclarait effacées de la disposition qui les contenait. « On punit le disposant, dit M. Bartin, pour avoir voulu dominer, par une libéralité, le donataire ou l'héritier, pour avoir cherché à provoquer en eux le mépris et l'abandon des droits publics dont le nouveau régime veut leur garantir à tout prix l'efficacité. » Mais la règle posée n'est pas seulement une peine dont on frappe le disposant, c'est aussi une précaution qu'on prend contre lui : si on joignait à la nullité de la condition celle de la libéralité, l'action en nullité mise aux mains du donateur ou des héritiers du testateur, « prendrait en fait la couleur et jouerait le rôle d'une action en révocation pour inexécution de conditions. » Il y a là un danger qu'on évite en affranchissant le donataire ou légataire de toute action qu'auraient contre lui le disposant ou ses héritiers (1).

1. C'est à cette interprétation de l'article 900 que j'incline à me ranger : c'est par elle que s'explique le mieux la présence de l'article 900 dans le Code civil.

Une peine portée et une précaution prise, telle serait encore aujourd'hui la signification de la règle de l'article 900. Cette interprétation acceptée, quelles en sont les conséquences en matière de fondation ? C'est que l'article 900 n'a plus à subir aucune restriction, que, de quelque qualification qu'on décore la volonté de procurer l'exécution de la charge, si la charge est contraire aux lois cette volonté sera brisée, et brisée seule, la volonté de donner étant toujours maintenue par l'article 900 pour les raisons que nous avons dites.

Cette conséquence, ce n'est pas seulement M. Bartin qui la tire de sa manière de comprendre l'article 900, ce sont aussi ses adversaires, qui prennent soin d'opposer à la rigueur du résultat pratique auquel il est conduit les solutions plus clémentes où aboutissent leurs théories.

Aussi n'est-ce pas sans une certaine appréhension que j'avoue ne pas me ranger à l'opinion commune, représentée par tant de voix autorisées. Je crois que l'article 900, quelque sens qu'on lui donne, souffre les restrictions que j'ai développées dans l'exposition du second système.

La solution de la difficulté dépend uniquement du fait de savoir ce qu'on entend au juste par cause impulsive et déterminante de la disposition. Est-ce la cause au sens vulgaire du mot, par opposition au sens technique, la cause considérée, non pas comme un élément juridique de la disposition, mais comme le mobile sous l'influence duquel la libéralité a été faite ? Si c'est ainsi qu'on entend la cause<sup>(1)</sup> il est certain que la limitation apportée à l'article

1. Telle semble bien être la manière de voir de la jurisprudence,

900 disparaît dans le système qui la rattache au droit intermédiaire. Mais peut-on l'entendre ainsi ? Non, parce que le faire c'est compromettre l'existence de cette limitation même dans le second système, celui de la jurisprudence ; si la cause, telle qu'on prétend en faire la citadelle où la volonté du fondateur est à l'abri de l'article 900, est considérée comme un élément psychologique de la libéralité, on ne comprend plus la vertu singulière qu'elle aurait d'arrêter l'application d'une règle impérative. C'est ce qu'il est facile de montrer.

En des hypothèses où le donateur a déclaré subordonner la disposition par lui consentie à l'exécution de la clause illicite, la volonté est tenue pour inefficace ; elle est obéie quand il apparaît que l'exécution de la clause a été le mobile sous la pression duquel le donateur s'est dépouillé. Pourquoi cette différence ? La volonté du disposant, cela est bien entendu, n'a pas revêtu dans le second cas une forme juridique qu'elle n'avait pas dans le premier ; et cependant, ayant en droit dans les deux cas le même caractère, elle produit en fait des résultats différents. C'est, nous dit-on, que la volonté manifestée dans la clause qu'on efface n'est pas, quelque énergique qu'elle

si j'en crois ces considérants extraits d'un arrêt de Cassation : « Attendu que, si le testateur a voulu gratifier la commune, il a apposé à cette libéralité des conditions substantielles dont l'inaccomplissement devait faire tomber la libéralité elle-même, sous peine d'altérer gravement l'essence même des dispositions testamentaire et d'enfreindre la volonté formelle et nettement exprimée du testateur. » Sirey, 1879-1-413.

soit, le fondement même de la disposition ; celle au contraire qu'on respecte forme la base, le substratum de l'acte libéral, qui ne s'explique par nulle autre intention. Si le législateur s'est cru le droit de modifier la donation malgré le donateur, il ne s'est pas arrogé le droit de faire malgré lui la donation. Mais en vérité ne refait-on pas la donation, quand on la maintient alors que son auteur avait déclaré ne pas vouloir la maintenir ? Je donne 100 au bureau de bienfaisance sous la condition que ce capital sera administré et les revenus distribués par des personnes de mon choix, à l'exclusion des administrateurs légaux, et j'ajoute que cette clause est pour moi d'une telle importance, que si elle n'est pas exécutée, la donation sera non avenue. Il est de jurisprudence constante qu'on doit effacer la clause et maintenir la donation. Je donne 100 à la commune pour fonder une école où les enfants recevront une instruction conforme aux principes que je professe, et je déclare que si l'enseignement n'est pas tel que je l'ai voulu, la donation est nulle. Il est de jurisprudence constante que l'inexécution de la clause relative au caractère spécial de l'enseignement entraîne la résolution de l'acte tout entier. N'ai je pas cependant dans le premier cas comme dans le second donné un consentement conditionnel ? n'est-il pas vrai de dire en un cas comme dans l'autre que mon consentement fait défaut si la condition est défaillie ? Et si on n'ose pas maintenir la libéralité au second cas parce qu'on ne veut pas substituer la seule volonté du législateur à la volonté absente du disposant, ne doit-on pas avoir dans le premier cas les mêmes scrupules ? Ne tient-on pas artificielle-



ment debout un acte qui ne peut plus trouver de base dans l'intention du disposant.

M. Labbé (1), pour justifier la différence de traitement, nous dit que si le législateur, dans la première hypothèse, ne tient pas compte de la volonté manifestée, c'est qu'il estime que le donateur, prévoyant des résistances, a voulu les prévenir par des menaces : il lutte contre une intention privée qu'il blâme, et ne s'arrête pas devant le plus ou moins d'énergie que le donateur a mise dans l'expression de son désir illicite ; il pense que la libéralité principale, séparable de la condition, lui a été inspirée par une affection réelle, sincère, dominante, pour le donataire (en notre matière des fondations ce serait pour les bénéficiaires réels de la fondation), affection dans laquelle, même amputée de la condition, elle trouve sa raison d'être. Mais il me semble que ç'aurait été chez le législateur beaucoup de hardiesse que de diagnostiquer *a priori* la pensée vraie du donateur, et de lui prêter impérativement cette pensée quand il en manifeste une toute contraire, qui est de lier indissolublement la disposition à la clause. Quand le donateur a déclaré qu'il n'entendait se dépouiller de ses biens que sous telle ou telle condition, rien n'autorise à voir dans le retrait éventuel de la disposition une simple menace laissant au fond subsister l'intention libérale pour le cas où la condition ne serait pas exécutée.

En résumé, je vois très bien la différence entre la clause qui renferme une simple condition, et celle où se manifeste la volonté qui est la cause même de la disposi-

1. Note dans Sirey, 1884, I, 305.

tion. Ce que je ne vois pas, c'est ce qui justifie la différence de traitement entre les deux hypothèses, en se plaçant, comme nous le sommes, sur le terrain du respect dû à la volonté du donateur : que par l'annulation de la première clause l'intention accessoire seule disparaisse, au lieu que par l'annulation de la seconde on atteint l'intention principale et créatrice, cela importe peu, puisque le disposant a clairement indiqué sa volonté de lier l'une à l'autre, et que par suite l'intention principale disparaît dans le premier cas par voie de conséquence, par ricochet pour ainsi dire.

Il y a donc contradiction à refuser d'appliquer l'article 900 à la seconde hypothèse, tandis qu'on l'applique à la première. Identité de situation appelle identité de traitement : ou l'article 900 ne produira pas son effet sur la clause accessoire déclarée de rigueur ; ou il le produira même sur la clause où est inscrite l'intention dominante, et c'est ce qu'il faut bien admettre si la cause impulsive dont parlent les arrêts n'est pas la cause juridique.

L'article 900 est impératif, on le proclame ; en principe toute condition impossible ou illicite doit être effacée ; pourquoi certaines conditions échapperaient-elles à son action ? Rien dans son texte n'autorise à poser une limitation, rien dans le caractère juridique de ces conditions ne justifie l'exception faite. Mais, nous dit-on, ce sont des conditions essentielles ! Toute condition, répond très justement M. Bartin, par cela seul qu'elle en est une, n'est-elle pas essentielle au maintien de l'acte qu'elle affecte ? Mais c'est une condition qu'on ne peut effacer sans enlever

à la disposition toute base dans l'intention privée qui seule peut la vivifier ! N'en est-il pas de même lorsque vous effacez une condition à l'accomplissement de laquelle le donateur a déclaré subordonner la libéralité, et n'ai-je point montré tout à l'heure que la violence faite à la volonté privée était égale dans les deux cas ?

M. Martin a montré en quelques lignes décisives, que je ne puis mieux faire que de reproduire textuellement, l'impossibilité de soustraire à l'article 900 ces prétendues conditions essentielles (1). « Elle reste, au point de vue juridique, une simple condition, et il n'y a pas en droit plusieurs conditions d'énergie différente. Si donc on veut lui donner un effet supérieur à celui d'une condition ordinaire, on ne peut le faire qu'en alléguant l'intention conforme du disposant..... Mais si on porte la question sur ce terrain, on reconnaît bien vite que le meilleur juge de l'intention du disposant, c'est le disposant lui-même ; qui par suite, lorsqu'il déclare une disposition de rigueur c'est qu'il y tient au moins autant qu'à celle où l'on voit la cause impulsive et déterminante. Si donc on reconnaît à celle-ci l'étrange vertu d'entraîner la nullité de l'acte, le même privilège doit s'étendre à la première ». Et j'ajouterai que, comme on ne peut pas l'étendre à la première, ce qui serait évidemment faire de l'article 900 un texte interprétatif après qu'on l'a proclamé impératif, il faut bien reconnaître qu'il ne s'applique même pas à la seconde.

La vérité est qu'on ne peut apporter une limitation à l'article 900 qu'en voyant dans la condition qu'on veut y soustraire la cause de la disposition au sens technique du

1. *Op. cit.* p. 361.

mot, la cause, élément juridique essentiel à l'existence même de l'acte, la cause parfaitement distincte en droit de la condition. On n'a plus besoin alors de s'appuyer, pour résister à l'extension de l'article 900, sur ce que l'effacement pur et simple de la condition aurait ce résultat de faire un donateur malgré lui, mauvais argument, nous l'avons vu. L'article 900 ne s'applique pas, parce qu'il parle en son texte de la condition seulement, et qu'on est en présence d'une cause. On n'a plus à se préoccuper de la contradiction qu'il peut y avoir à effacer la condition déclarée de rigueur par le disposant, tandis qu'on attache la vertu d'entraîner résolution de l'acte à celle qui est en réalité la cause impulsive et déterminante : ce sont deux théories juridiques différentes qu'on met en jeu. L'article 1131 se substitue à l'article 900.

S'il en est ainsi, ce n'est pas seulement dans le système de la jurisprudence que l'article 900 peut être restreint : quelque énergie qu'on lui suppose, de quelque théorie législative qu'on le fasse dériver, il subira la même limitation ; et l'intérêt social dont M. Bartin fait le fondement de la règle ne saurait prévaloir contre cette conséquence qui trouve dans le texte même de l'article, applicable à la condition et non à la cause, un point d'appui inébranlable.

Je suis d'autant plus autorisé à le soutenir que M. Bartin, examinant les restrictions qu'on peut apporter à l'article 900 sans faire brèche au principe inspirateur de la règle impérative, prévoit et combat l'opinion que je soutiens sur la façon d'entendre la cause : preuve certaine qu'une fois admise, cette opinion conduit à limiter l'arti-

de 900 même rattaché au droit intermédiaire et fondé sur l'intérêt social.

Je ne me dissimule pas qu'il y a à la façon dont j'entends la cause en matière de fondation une objection extrêmement forte qui se tire de la théorie communément admise sur la nature de la cause dans les actes à titre gratuit. Il est nécessaire que je m'étende assez longuement sur ce point. Qu'est-ce que la cause ? Il n'y en a pas de définition légale, et de là, dans la doctrine, beaucoup d'incertitude et de flottements. Il me semble pourtant que M. Bartin a résumé d'une façon très nette la notion la plus communément admise : c'est l'exposé qu'il a fait que je vais présenter, et, si je le puis, réfuter.

La cause dans l'acte à titre gratuit est l'intention libérale, et l'intention libérale est la conscience chez le donateur de n'obtenir aucun équivalent à la transmission de propriété qu'il fait ou à l'obligation qu'il assume (1).

Elle se distingue du consentement ; le consentement est la pure volonté de s'obliger ou de transférer la propriété ; la cause et la raison immédiate de cette volonté : dans l'acte à titre onéreux c'est la conscience d'obtenir, dans l'acte à titre gratuit la conscience de ne pas obtenir d'équivalent à la prestation qu'on fait. La loi distingue ainsi deux moments de la volonté.

Elle se distingue du motif ; le motif est la raison qui a déterminé chez le donateur une affection assez vive pour l'amener à se dépouiller gratuitement au profit du donataire. Ce qui le caractérise, c'est une qualité du donataire qui le fait naître. Tandis que la cause est la volonté

1. Bartin, *op. cit.* Pages 362—370.

abstraite de se dépouiller gratuitement, le motif est la raison concrète et la source psychologique de cette détermination.

Il faut donc considérer la cause comme une fraction idéale de la volonté. Je m'oblige à vous payer 100, voilà le consentement ; j'entends ne recevoir de vous aucun équivalent, voilà la cause ; je me dépouille ainsi pour vous témoigner mon affection, voilà le motif.

On pourrait objecter que, comprendre ainsi la cause, c'est nier qu'il y en ait une dans la donation. M. Martin répond qu'expliquer un fait c'est le rattacher à un fait extérieur qui le produit, celui-ci un à autre, et ainsi de suite, chaque fait étant à la fois cause et effet, de sorte que l'explication d'un fait n'est jamais complète, puisque, pour qu'elle le fût, il faudrait montrer non seulement le fait immédiatement antérieur, mais la série indéfinie des faits dont celui-ci n'est qu'un des termes, une des unités. Eh bien ! on rattache dans la donation la volonté de s'obliger à la volonté de ne rien acquérir en retour : n'y a-t-il pas là deux faits idéalement indépendants, dont le premier dépend du second qui le rend intelligible et lui donne sa signification précise ? Expliquer la donation par la qualité du donataire, comme le font ceux qui ne trouvent pas dans la volonté abstraite de ne recevoir aucun équivalent une cause suffisante de la donation, c'est prolonger l'explication d'un degré sans la rendre complète, car il faudrait alors expliquer à son tour la reconnaissance ou l'affection du donateur pour le donataire.

Conclusion : la cause est le fait immédiat qui rend intelligible la donation, c'est la volonté de ne retirer aucun



équivalent de la donation, c'est la volonté de se dépouiller gratuitement. Cette cause n'est pas quelque chose de négatif, puisqu'elle se résout en une détermination volontaire et réfléchie, idéalement indépendante de la volonté de s'obliger.

De cette définition la conséquence suivante résulte : que la cause de la donation ne peut jamais être illicite, indépendante qu'elle est de tout objet et de tout fait extérieur dont le vice pourrait l'atteindre. S'il en est autrement dans l'acte à titre onéreux, c'est que la volonté d'acquérir est inséparable de l'objet acquis ou du fait accompli.

Ainsi, en matière de fondation, la charge d'emploi imposée à la personne morale ne sera jamais la cause juridique de l'obligation ou du transfert de propriété consenti par le fondateur : donc, impossible ou contraire aux lois, elle pourra être réputée non écrite sans que l'acte soit désormais un acte sans cause : l'article 1131 ne recevra jamais son application, l'article 900 recevra toujours la sienne.

Je crois avoir exposé sans l'affaiblir la théorie brillamment exposée par M. Martin. Avant d'en aborder la réfutation directe, je voudrais montrer quelques-unes des conséquences pratiques auxquelles elle aboutit ; je ne dis pas en matière de fondation, mais en matière d'actes à titre gratuit en général.

Il y a certaines conventions qu'on s'accorde à tenir pour nulles : ce sont toutes celles où l'on rencontre une obligation contractée ou une prestation accomplie dans le but d'obtenir l'exécution d'un fait illicite, ou bien comme prix

d'un service, rendu ou à rendre, contraire aux lois ou aux mœurs. C'est par exemple la remise d'une somme d'argent à un fonctionnaire qui vend son influence, c'est le salaire promis au meurtrier à gages qui se fait l'instrument d'une vengeance privée. Si l'obligation en ces cas et d'autres semblables est seulement contractée, elle est nulle ; si la somme est payée, elle l'a été induement, cela n'est pas contesté (1). Eh bien, cette solution unanimement donnée, je voudrais bien savoir comment on pourra la justifier s'il est admis que la cause n'est jamais illicite dans les actes à titre gratuit.

Mais, va-t-on dire, est-il question ici d'actes à titre gratuit ? Les conventions dont vous parlez sont des actes à titre onéreux, dans lesquels l'obligation ou la prestation trouvent leur équivalent dans la promesse ou l'accomplissement d'un fait illicite.

Il y a là un malentendu et une confusion qu'il importe de dissiper. Qu'est-ce qu'un acte à titre onéreux ? C'est un acte par lequel on ne s'oblige ou on ne preste qu'avec la volonté d'obtenir un équivalent ; si c'est par le même acte juridique qu'on s'oblige et qu'on reçoit l'équivalent l'acte est dit synallagmatique ; si la promesse ou la prestation de l'équivalent ne sont pas faites par le même acte par lequel on s'oblige, il y a de la part de celui qui s'oblige ainsi et de celui envers qui il s'oblige, convention unilatérale. Cette distinction importe peu : la caractéristique de

1. Ce qui est contesté, c'est que celui qui a fait le paiement ait la répétition ; mais ceux qui la lui refusent n'admettent pas pour cela que l'obligation ait été valable ; ils appliquent seulement l'adage « *in pari turpitudine* » ... qui est d'ailleurs très contestable.

l'acte onéreux est la volonté chez celui qui s'oblige de ne pas l'obliger sans équivalent. Mais est-ce un équivalent quelconque ? Non pas : un fait juridique seulement peut être cet équivalent cherché : par fait juridique j'entends une obligation contractée envers lui, ou une libération qui lui est procurée. C'est là un principe traditionnel, et qui se vérifie par l'examen de tous les actes à titre onéreux dont parlent nos lois. Il est d'ailleurs rationnellement nécessaire : au point de vue philosophique, en effet, il n'y a pas d'obligation contractée ou de prestation consentie sans équivalent, le donateur le plus désintéressé ne s'appauvrit pas sans avoir la volonté d'obtenir quelque chose en retour ; seulement l'équivalent qu'il cherche est d'ordre purement moral : c'est la satisfaction qu'il se procure à lui-même par la pensée du bien qu'il fait, s'il a agi par bonté d'âme, la jouissance d'amour-propre qu'il ressent, s'il a agi par vanité pure et désir de faire parler de lui, c'est la reconnaissance et le dévouement du donataire qu'il espère acquérir : un dépouillement consenti sans équivalent est un acte sans but, c'est l'œuvre d'un fou. Il faut donc que l'équivalent dont la recherche caractérise l'acte à titre onéreux ait pour se distinguer un caractère spécial : ce caractère spécial est précisément de consister en un fait juridique dont celui qui s'oblige a le bénéfice.

Reprenons, à la lumière de ces notions, l'examen des conventions dont je parlais un peu plus haut. On nous dit qu'elles sont à titre onéreux : elles peuvent l'être, en effet, mais elles ne le sont pas toujours. Elles le sont si la partie qui s'est obligée a voulu faire naître à la charge de l'autre partie une véritable obligation, une obligation au

sens juridique du mot, comportant comme sanction l'action en justice, ou bien si elle a voulu se libérer d'une obligation qu'elle croyait exister à sa charge. Si non, la convention ne peut être qu'un acte à titre gratuit, et c'est ce qu'elle sera le plus souvent. Je ne veux pas dire qu'un fait contraire à la loi ou un fait impossible ne puissent pas être l'objet d'une obligation : certes l'obligation est nulle, mais si dans l'intention des parties elle devait naître valable et servir d'équivalent à une autre obligation contractée par l'une d'elles, cela suffit pour donner à la convention le caractère d'acte à titre onéreux. Encore du moins faut-il que cette intention se rencontre, et dans la plupart des cas on ne peut même pas la concevoir. Direz-vous que celui qui a versé de l'argent ou souscrit des billets pour obtenir une place ou une décoration a entendu faire naître à son profit une obligation dont il poursuivrait, le cas échéant, l'exécution en justice ? Direz-vous que l'homme qui consent une rente viagère à sa concubine (1) pour prix de ses complaisances passées a voulu reconnaître une obligation préexistante, et s'en libérer par novation ? Poser la question, c'est la résoudre ; ne parlons donc pas ici d'actes à titre onéreux ; c'est bien d'actes à titre gratuit qu'il s'agit. La jurisprudence et la doctrine les tiennent pour nuls : comment cela s'explique-t-il si la cause n'est jamais illicite en matière de donation ? Voilà des actes où le consentement, la capacité

1 Je prends cet exemple parce que l'hypothèse s'est présentée plusieurs fois devant les tribunaux, et que la jurisprudence voit là un acte à titre gratuit nul comme ayant une cause illicite. Voir Dalloz 1860, 1, 255.

des parties, l'objet de l'obligation contractée par celui qui promet le salaire, le prix, la récompense, ne font pas question, sont des éléments parfaitement réguliers de la convention ; la cause de l'obligation du promettant pourrait seule être l'élément vicieux dont la présence expliquerait le vice de l'acte tout entier ; mais par définition elle échappe à toute influence extérieure et à toute contamination. Et alors je ne vois pas comment justifier une nullité que tout le monde admet et que le bon sens impose ; la conséquence de la théorie de la cause telle que je l'ai exposée et que je la combats serait donc que les conventions du genre de celles dont je parle seraient licites.

Une telle conséquence est bien étrange en elle-même : elle devient tout à fait inacceptable, si l'on considère que la nullité de ces sortes de conventions est traditionnelle en notre droit. Pothier la pose en principe (1). — « Si j'ai promis quelque chose à quelqu'un pour commettre un crime, par exemple pour donner des coups de bâton à un homme qui est mon ennemi, je ne suis pas obligé. » Rien ne peut faire supposer que notre Code ait voulu rejeter la solution de Pothier : elle a presque une valeur législative. Il est donc de nécessité logique que de telles obligations, émanées d'un consentement libre, ayant un objet licite qui est le plus souvent une somme d'argent, contractées par une personne que nous supposons capable, — et malgré tout cela nulles, — soient considérées comme ayant une cause illicite ; et il faut que la notion de la cause dans les actes à titre gratuit soit telle qu'on

1. *Obligations*, 1<sup>re</sup> partie, ch. 1, section 1, n° 44.

puisse lui attribuer ce caractère illicite. La cause doit être quelque chose de concret et de tangible, et non pas cette abstraction sur laquelle aucune influence extérieure n'a de prise.

Et en effet, à prendre en elle-même la théorie de la cause telle que M. Martin nous la présente, elle semble un peu bien subtile et savante pour avoir été celle des rédacteurs du Code, praticiens plus soucieux de l'équité et de l'utilité pratique des résultats que de la belle ordonnance des principes. La cause, nous dit-on, est dans les actes à titre onéreux la volonté d'acquérir, dans les actes à titre gratuit la volonté de ne rien acquérir en retour de sa propre obligation ou prestation : il faut bien avouer que, si la volonté d'acquérir peut en effet passer pour la cause, parce qu'elle s'unit étroitement dans la pensée à l'objet à acquérir, un effort d'esprit est nécessaire pour assigner le même rôle à la volonté contraire. Au premier abord il semble que ce soit là plutôt le criterium qui permet de distinguer l'acte à titre gratuit que la cause qui permet de l'expliquer, et l'esprit, mal satisfait, cherche ce qui explique cette volonté de ne rien acquérir, ce qui en est la cause. La réponse que M. Martin fait à cette objection est exacte et concluante au point de vue philosophique : quand il nous dit que chercher la cause non pas dans la volonté de ne rien acquérir, mais dans le fait qui explique cette volonté, c'est seulement reculer l'explication d'un degré sans la rendre complète, et que c'est expliquer suffisamment la volonté de prêter ou de s'obliger, dans l'acte à titre gratuit, que de la rattacher à celle de n'obtenir aucun équivalent juridique, sa doctrine est ir-



réprochable à ne consulter que les principes de la pure logique : je me demande seulement si elle a pu être celle de notre Code.

Je crois fermement le contraire. L'article 1108 parle de la cause sans la définir, mais il faut chercher dans nos anciens auteurs ce qui constituait pour eux la cause, rien ne saurait mieux nous éclairer sur la pensée restée obscure des rédacteurs du Code. Or, voici ce que dit Pothier (1) : « Tout engagement doit avoir une cause honnête ; dans les contrats intéressés la cause de l'engagement de l'une des parties est ce que l'autre partie lui donne ou s'engage à lui donner, ou les risques dont elle se charge : dans les contrats de bienfaisance la libéralité que l'une des parties veut exercer envers l'autre est une cause suffisante de l'engagement. « Dans Domat je trouve un langage à peu près semblable (2). « L'engagement de celui qui donne a son fondement dans quelque motif raisonnable et juste, comme un service rendu, ou quelque autre mérite du donataire, ou le seul plaisir de faire du bien, et ce motif tient lieu de cause de la part de celui qui reçoit et ne donne rien. »

Où voit-on apparaître dans ces lignes l'idée que la cause ne pourra jamais être illicite dans les actes à titre gratuit ? La cause, nos auteurs n'en donnent pas une définition doctrinale, mais la conception qu'ils en ont est très claire : c'est ce qui rend intelligible l'obligation contractée ; dans les actes onéreux, elle réside dans l'engagement pris ou dans l'objet presté par l'autre partie ; mais

1. *Obligations*, 1<sup>re</sup> partie, ch. I, sect. I, n° 42.

2. Domat, *Lois civiles*, livre I, tit. I, p. 20, n° 5 et 6.

dans l'acte à titre gratuit, qui est caractérisé par ce que celui qui s'oblige ne reçoit rien en retour, qu'est-ce qui rend intelligible l'engagement pris et constitue pour le législateur une raison suffisante de sanctionner cet engagement? C'est le service rendu, le désir d'être agréable, la pensée de conférer un bienfait, c'est comme le dit Domat, tout motif raisonnable et juste; d'où il résulte à l'évidence que si le motif qui sert de base à l'obligation n'était pas raisonnable ou juste, l'acte à titre gratuit ne serait pas valable, le législateur lui refuserait toute sanction : par exemple, si le service rendu était un service honteux, contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. La cause de l'acte à titre gratuit n'est donc pas la volonté abstraite de ne rien acquérir, qui n'est jamais en soi illicite : c'est quelque chose de concret, qui est normalement un sentiment d'affection du donateur envers le donataire, raison suffisante de l'engagement ou de la prestation, qui peut être aussi quelque désir illégitime, comme celui de récompenser un service immoral ou d'inviter à l'accomplissement d'une action mauvaise et alors le législateur ne saurait voir là matière à une obligation valable.

Les quelques lignes de Domat que j'ai citées, et dont je viens de présenter un bref commentaire, ont une grande valeur au point de vue de l'interprétation de la théorie moderne de la cause; car on est d'accord que les idées exposées par Bigot-Préameneux (1), qui sont le seul témoignage légal de la conception admise par les rédacteurs du Code, procèdent en ligne directe des idées de Domat.

1. Loaré, tome VI, page 152.

C'est en quelque sorte sa pensée qui subsiste dans notre droit, et c'est chez lui qu'il faut aller chercher l'exposé doctrinal d'une théorie que le Code suppose connue et n'explique pas.

Je crois que l'idée directrice et dominante en matière de cause peut se résumer ainsi. Le législateur, pour prêter à l'obligation formée par des volontés privées la sanction de l'action en justice et par suite le secours de la puissance publique, ne se contente pas que l'engagement ait été pris entre personnes capables, qui aient librement donné leur consentement ; il considère aussi la raison d'être de cet engagement, la fin poursuivie par ceux qui le contractent, l'intérêt sous l'aiguillon duquel le débiteur s'est mis dans les liens de l'obligation. Que l'intérêt matériel ou moral dont on cherche la satisfaction soit jugé digne de la sanction légale, alors toutes les conditions dont le concours est nécessaire à la validité de l'engagement se trouveront réunies. Il se peut aussi, que sans être absolument contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs, aux lois, l'intérêt sur le fondement duquel l'obligation est formée ne soit pas d'assez sérieuse importance pour qu'on mette au service du créancier la sanction qu'il réclame : c'est ainsi que les dettes de jeu ne peuvent pas être poursuivies en justice : il n'y a pas en ce cas cause illicite, mais cause insuffisante. Enfin, la cause est illicite quand le débiteur s'est obligé sur le fondement d'un intérêt qui, à un titre quelconque et de quelque ordre qu'il soit, porte atteinte aux lois ou à l'ordre public, et il va sans dire que l'engagement est radicalement nul.

A ce point de vue, faut-il donc faire quelque distinction

entre l'engagement à titre onéreux et l'engagement à titre gratuit? Il s'agit de savoir si la cause de l'obligation est de telle nature que le législateur puisse, sans faillir au devoir de protection qui lui incombe envers les intérêts sociaux de moralité et de sécurité, mettre à la convention privée l'estampille officielle et donner force obligatoire aux volontés particulières. Peu importe que la cause soit, ou non, un fait juridique.

Quelle est donc, en manière de conclusion, la définition précise à donner de la cause? La cause de tout engagement est l'équivalent immédiat cherché par le débiteur. Qu'on se rappelle ce que j'ai dit plus haut, c'est qu'au point de vue philosophique aucune obligation n'est assumée qu'en vue de l'obtention d'un équivalent. Dans l'acte onéreux cet équivalent est de nature juridique : c'est une obligation contractée en sens inverse de la première, ou une libération procurée. Dans l'acte gratuit, cet équivalent est d'ordre extra-juridique : ce sera le plus souvent un élément tout intime et psychologique, la joie du devoir accompli, la satisfaction de l'âme généreuse qui a suivi son instinct, le plaisir moins délicat de la vanité qui s'admire et jouit d'elle-même, un de ces sentiments de nature infiniment variable selon la qualité de l'esprit où on les rencontre, et que le jurisconsulte, n'ayant que faire des nuances et des distinctions en ce sujet, résume par à peu près en parlant de l'intention libérale. Ce pourra être toute autre chose, l'intention de la part du donateur de déterminer l'exécution d'un fait à son profit, fait illécite que les parties ne peuvent pas avoir eu la pensée de rendre l'objet d'une obligation proprement dite : on ne

peut pas dire en pareil cas que l'acte soit désintéressé, mais enfin, comme l'équivalent cherché par celui qui s'oblige est d'ordre extra-juridique, il faut bien admettre que l'acte, n'étant pas à titre onéreux, est à titre gratuit; seulement le pavillon couvre une marchandise de contrebande, et certes le titre de donation s'applique fort mal à une convention de cette nature. Enfin, et je rentre ici dans notre matière des fondations un peu délaissée au milieu de tous ces longs développements, l'équivalent peut être l'exécution d'un fait qui n'est point forcément illicite, comme dans la précédente hypothèse, qui, au contraire, pourra la plupart du temps s'accomplir suivant les intentions des parties : c'est ce qui se produit dans les actes de fondation. Le fondateur s'oblige à un transfert de propriété; en retour il impose pour les biens transmis un mode d'emploi déterminé; c'est le fait de cet emploi qui constitue la cause du transfert de propriété, ce n'est assurément pas une intention libérale qui, s'adressant à une pure abstraction comme la personne morale, serait un véritable non sens. Si le mode et les conditions de l'emploi prescrit sont de réalisation impossible, ou contraires aux lois, aux mœurs, à l'ordre public, l'acte juridique est un acte sans cause reconnue valable par la loi et par conséquent inexistant. Il y a même en matière de fondation cette circonstance toute particulière que l'équivalent procuré au fondateur est d'ordre juridique : il y a pour la personne morale donataire obligation d'affecter les biens à la destination voulue par le fondateur, en se conformant aux conditions qu'il a prescrites; j'insisterai sur ce point en parlant des droits qui naissent de la fonda-

tion, dans la dernière partie de cette étude. Cette situation particulière a conduit à se demander s'il ne fallait pas considérer la fondation comme un acte à titre onéreux, ce qui rendrait inutile toute discussion sur la cause dans les actes à titre gratuit : nous rencontrons le caractère que j'ai indiqué comme celui qui distingue l'acte à titre onéreux, puisque l'équivalent consiste en un fait juridique ; je ne crois cependant pas qu'on puisse ainsi qualifier la fondation, du moins en principe, et étant donné l'aspect sous lequel se présente d'ordinaire l'obligation de la personne morale. Je demande à ne pas m'expliquer encore sur ce point délicat, que je me réserve d'aborder plus tard et comme conclusion finale de mes recherches. Mais si la fondation n'est pas un acte à titre onéreux, il faut reconnaître que c'est un acte à titre gratuit d'une physiologie tout à fait originale. Et si on refusait d'admettre que, en règle générale, il y ait dans les actes à titre gratuit une autre cause que la volonté abstraite de ne rien recevoir en retour de ce qu'on donne, encore serait-on bien forcé d'avouer que la loi générale reçoit exception en matière de fondation : il est impossible de dire que le fondateur ne reçoit rien en échange du transfert de propriété qu'il consent ; il devient créancier d'une obligation de faire assumée par la personne morale ; il ne s'est dépouillé qu'en vue d'obtenir cet équivalent juridique, qui est bien la cause de son engagement.

Ainsi je fais abstraction pour un moment de la théorie générale de la cause en matière d'acte à titre gratuit. Je veux bien que cette cause y soit d'ordinaire une fraction idéale de la volonté qu'on ne puisse jamais la déclarer



illicite et vicieuse. Cela serait vrai qu'il serait cependant de nécessité logique d'appliquer aux fondations des principes spéciaux. La fondation n'est pas un acte à titre onéreux, mais elle offre ce caractère, qui la distingue des autres actes à titre gratuit, de faire naître des obligations réciproques et équivalentes (1) qui sont la cause l'une de l'autre. On ne rencontre pas, du fondateur à la personne morale, cette intention libérale que M. Bartin résout en la volonté de ne rien recevoir en retour de ce qu'on donne, et qui fait de la cause dans les actes à titre gratuit un élément soustrait aux influences qui pourraient le vicier et, par son intermédiaire, vicier l'acte tout entier.

Tout ce que j'ai dit jusqu'ici ne s'appliquait qu'aux actes entre vifs. Or les fondations se font très fréquemment par acte testamentaire : n'y a-t-il pas, à l'application de la théorie de la cause aux dispositions testamentaires, des difficultés spéciales ? Le Code civil ne fait mention de la cause qu'à propos des conventions : — et si la donation est bien un contrat, malgré la définition qu'en donne l'article 894, ce qui permet de lui appliquer une théorie qui n'est cependant pas exposée au titre des donations, le testament est certainement un acte ; et on peut se demander si l'interprète a le droit de parler de la cause comme élément juridique d'un acte, alors que le Code n'en parle que comme élément des conventions. — Le silence du code n'est cependant pas une raison suffisante de repousser

1. C'est par cette équivalence qu'elle se distingue de la simple donation avec charge, dans laquelle la charge n'est qu'un accessoire et n'absorbe qu'une partie de l'émolument.

l'idée de cause dans son application au testament : la cause n'est pas un élément artificiel créé par la loi dans les seules dispositions entre vifs, et dont il soit par suite défendu de rechercher la présence en des actes juridiques pour lesquels les textes n'en font pas mention ; c'est un élément naturel que l'analyse retrouve dans tous les engagements, qu'ils soient dérivés de contrats ou de testaments. La question du pourquoi de l'obligation, la préoccupation chez le législateur de contrôler le but et de vérifier la raison d'être de l'engagement pris, sont choses essentielles dans le droit moderne, qui ne connaît plus ni dans le transport de propriété, ni dans la création des obligations, ce que M. d'Ihering (1) appelle la séparation analytique de l'élément de cause, caractéristique du vieux droit romain. Faut-il donc croire que l'esprit de la législation serait tout différent en matière de dispositions de biens par testament de ce qu'il est en matière de dispositions entre-vifs ? Cela n'est guère admissible, et je crois que l'élément de cause doit trouver sa place ici malgré le silence de la loi.

Les solutions données par la jurisprudence viennent à l'appui de ce raisonnement théorique. Il y a des arrêts qui annulent pour cause illicite des legs comme des donations (2). Enfin Pothier (3) reconnaît qu'il faut se préoccuper de la cause en matière de dispositions testamentaires, puisqu'il la déclare illicite en certains cas :

1. *Esprit du droit romain*, tome IV, p. 203.

2. Voir notamment Dalloz, 1867, I, 9.

3. Introduction au titre des testaments, section II, n° 23 et suiv.

« le vice dans le motif qui a porté le testateur à léguer peut aussi rendre le legs nul » et plus loin ; « en général tout motif contraire aux bonnes mœurs doit rendre nul le legs fait pour ce motif. »

Ne faisons donc aucune distinction entre les fondations par acte entre-vifs et les fondations par testament ; dans celles-ci comme dans les autres, le fondateur n'a disposé qu'en vue de la réalisation d'un certain mode d'emploi, qui est véritablement la cause du transfert de propriété. Au point de vue pratique, on ne concevrait pas qu'entre deux hypothèses exactement semblables, et quant aux intentions des parties, et quant aux conséquences juridiques de la disposition (1), une différence fut établie aussi importante que celle résultant de l'application à l'une de la notion de cause qui serait inconnue dans l'autre. Au point de vue théorique, nous venons de voir que les principes ne s'opposaient nullement à ce que le mode d'emploi fixé par les biens fût considéré comme la cause dans les fondations testamentaires (2)

J'espère avoir ainsi justifié la restriction apportée à

1. En effet les mêmes obligations résultent pour la personne morale de la fondation testamentaire que de la fondation entre-vifs ; seulement elles sont quasi-contractuelles.

2. L'opinion que j'ai soutenue sur la nature de la cause dans les actes à titre gratuit a pour elle la jurisprudence. Voyez Dalloz, 1860, I, 255 ; 1867, I, 9. Dans un arrêt rapporté 1860. I, 458, je lis ceci : « En droit les dispositions à titre gratuit sont nulles tout aussi bien que celles à titre onéreux, quand elles reposent sur une cause illicite. » Dans le même sens Laurent, tome XI, p. 657 et suiv., et tome XVI, p. 148 et suiv. Aubry et Rau, § 651. Gauly, *Revue critique*, année 1886.

l'article 900, et montré qu'il y a des cas où la disposition de biens ne saurait être maintenue quand l'intention du fondateur, relativement au mode et aux conditions de l'emploi de ces biens, ne peut pas recevoir exécution. Je ne me dissimule pourtant pas que, même ainsi justifiée par l'intervention de la théorie de la cause et l'entrée en scène de l'article 1131, cette restriction doit sembler difficilement admissible à ceux qui voient dans l'article 900 un succédané du décret de 1791, une arme forgée pour la défense des institutions créées par la Révolution, un instrument fait pour briser toute résistance à un ordre de choses nouveau. Qu'importe, pourraient-ils dire, que la résistance se manifeste dans une simple clause, ou dans ce qui est la cause même de la disposition ? et que pèse une théorie juridique au regard de l'intérêt social qui commande, à titre de peine, l'annihilation de la volonté privée, et exige que la peine soit d'autant plus rigoureusement appliquée que la volonté est plus énergiquement rebelle à la loi ? Juridiquement il importe beaucoup, car la cause est absolument distincte de la condition : l'une est un élément essentiel, l'autre un élément accessoire de la disposition, et, dans les contrats à titre onéreux où la condition illicite rend nul, comme la cause illicite, l'acte tout entier, l'acte est seulement annulable quand c'est par la condition qu'il est vicié, il est radicalement nul, plus même, inexistant, quand c'est par la cause. Que si l'article 900 est une disposition pénale, ce que je crois exact, j'y vois une raison pour en maintenir strictement l'application dans les limites où son texte même l'enferme : c'est, en matière pénale, la règle commune que l'inter-

prétation étroite et littérale. Législativement, je ne dis-conviens pas que les deux situations se ressemblent beaucoup, que ce ne serait pas faire une plus grande violence à la volonté du donateur que de déclarer non écrite la cause illicite comme on fait la condition, et que la logique exigerait l'extension de la règle de l'une à l'autre. Mais, puisque nous sommes sur le terrain législatif, c'est la suppression plutôt que l'extension de l'article 900 qui me paraît, en matière de fondations, la solution souhaitable. Je ne prétends pas ici faire, d'une façon générale, le procès de l'article 900. Bien au contraire je considère qu'au moment de la rédaction du Code il était parfaitement à sa place dans nos lois, avec le sens et la portée que lui donne son lien de filiation avec le décret de 1791. C'est le droit d'une société que de se protéger contre les attaques de ceux qui veulent faire brèche aux institutions politiques ou civiles qu'elle s'est données (1). Mais au point de vue spécial des fondations, je prétends que l'article 900 ne se justifie point. On a cependant soutenu que si l'abrogation de l'article 900 se pouvait faire sans danger dans son application à certains groupes de conditions, son maintien s'imposait pour les conditions juridiquement impossibles ou contraires aux lois ou à l'ordre public, qui s'adressent à des personnes morales. Sur ce terrain, a-t-on dit, « la lutte dure encore entre les idées modernes et les représentants du passé, qui chercheraient à en étouffer l'éclo-

1. Seulement l'article 900 est devenu inutile pour la défense de certains principes que personne ne songe plus à contester. Voyez sur ces points *Bartin, op. cit.*, p. 341 et suiv.

sion par l'exercice calculé du droit de disposition ». Il faut que la loi y mette bon ordre « en maintenant au profit du bureau de bienfaisance ou de la commune une libéralité qui n'est pas absolument détournée de la distinction primitive, puisqu'elle profite encore, après la correction qu'on y fait, aux pauvres ou à l'enseignement public (1). » Je ne prétends certes pas me faire le champion des idées du passé; je n'ai pas d'ailleurs à prendre parti ici pour ou contre les conceptions morales, religieuses, politiques, dont s'inspirent beaucoup de fondateurs. Il me paraît seulement que l'application de l'article 900 est une rigueur inutile. Il a pour fondement, si on le tient pour impératif, l'intérêt social. En quel sens l'intérêt social exige-t-il que la clause illicite ou juridiquement impossible soit réputée non écrite ? Est-ce parce qu'elle constitue un outrage à la loi, et que, pour l'exemple, il faudrait punir le coupable en mutilant sa volonté ? C'est bien, en partie, la pensée des rédacteurs (2) du décret de 1791, et, après eux, des rédacteurs du Code; mais cette idée de peine infligée n'est pas le seul fondement de l'article 900, car alors on ne comprendrait guère que la même règle ne fût pas appliquée aux actes à titre onéreux : la clause contraire aux lois y est tout autant un outrage à la puissance publique qui a fait ces lois (3).

1. *Bartin, op. cit.*, pages 347-48.

2. Le rapport de Barrère, *Moniteur* du 6 septembre 1791, p. 1036, expose nettement cette idée.

3. La peine serait moins forte à maintenir l'acte onéreux que l'acte gratuit, contre la volonté de celui qui a stipulé la clause illicite, puisque dans l'acte onéreux il y a des prestations réciproques; mais enfin c'est toujours une peine que de faire violence à la volonté privée.



Il y a une autre idée inspiratrice de l'article 900, et c'est la principale; elle a été parfaitement mise en lumière par M. Bartin. Annuler l'acte tout entier pour le vice de la clause, c'eût été fournir au donateur ou aux héritiers du testateur le moyen d'obtenir l'exécution du fait contraire aux lois. Une sorte de contrat tacite fût intervenu entre eux et le donataire, aux termes duquel celui-ci se fût soumis à la condition imposée, obtenant comme prix de sa soumission qu'on ne se prévalût pas contre lui de la nullité de l'acte. Voilà où était le danger; c'est pour le parer qu'est fait l'article 900. Rien de pareil n'est à craindre dans l'acte à titre onéreux. Dans ce cas la personne à qui la condition s'adresse n'a point à redouter l'exercice de l'action en nullité. Elle retrouve, en effet, d'un côté ce qu'elle a perdu de l'autre.

Une précaution prise contre l'exécution possible en fait de la condition contraire aux lois, voilà ce qu'est avant tout la règle de l'article 900. Eh bien! en matière de fondation pareille précaution n'était pas à prendre. Les conditions qui s'adressent à des personnes naturelles sont le plus souvent des conditions non pas impossibles, mais illicites, c'est-à-dire qu'elles ont pour objet un fait qui peut toujours s'accomplir par la volonté de la personne à qui elle s'adresse : commettre un délit, embrasser une profession déterminée, respecter une substitution (1), voilà trois exemples empruntés aux trois clauses de conditions illicites qu'on peut distinguer. Joignons-y les conditions contraires aux mœurs, qu'il est également en la puissance du donataire d'accomplir, et vous compren-

1. Bartin, *op. cit.*, page 125.

drez que l'article 900 se justifie parfaitement pour les dispositions faites en faveur de personnes naturelles. Tout au contraire les conditions qui s'adressent à des personnes morales, jointes aux actes de fondations, sont le plus souvent des conditions juridiquement impossibles, qu'il n'est pas au pouvoir de la personne morale d'accomplir : telles sont toutes les conditions relatives à l'administration spéciale dans les fondations de bienfaisance, ou encore la condition d'entretenir un instituteur congréganiste dans une école communale depuis la loi du 30 octobre 1886. Il n'est donc pas à craindre pour celles-là que sous la menace de l'action en nullité elles reçoivent exécution. Il y en a d'autres, il est vrai, qui sont des conditions illicites : telle la condition de confier le service hospitalier à des religieuses, si on partage sur le caractère de cette clause une opinion que j'ai combattue : telle encore, sous le régime de la loi du 14 juin 1854, la condition que l'instituteur sera un congréganiste, opinion que je n'ai pas davantage admise : de semblables conditions peuvent s'exécuter, bien que contraires à la loi. Elles le pourraient en effet, adressées à des personnes naturelles : adressées à des personnes morales, elles ne le peuvent pas plus que si elles étaient juridiquement impossibles. Les actes de la personne morale, le mode d'exécution des conditions apposées aux fondations, n'échappent pas au contrôle de la puissance publique. Un donataire pourra respecter une substitution prohibée, se faire prêtre, ne pas remplir ses devoirs de citoyen, commettre même un délit, pour exécuter la condition prescrite par le donateur et échapper à la nullité qui sans cela, en l'absence de l'article 900, frapperait la

donation. Une commission d'hospices ne pourra pas confier le service à des sœurs, si la condition est reconnue illícite ; une commune n'aurait pas pu, sous la loi de 1854, confier l'enseignement à une congréganiste, si le gouvernement avait considéré la clause qui en imputait l'obligation comme contraire à l'esprit de la loi.

Ainsi, à supposer changé l'article 900, jamais la nullité qui frappe, en droit, la condition ne pourra se transformer, s'agissant des conditions apportées aux fondations, en une validité de fait sous la menace de l'action en nullité mise aux mains du disposant ou de ses héritiers. Quelle est donc la raison d'être de l'article 900 dans son application aux fondations ? La pensée que l'injure faite aux idées ou aux institutions régnantes doit être punie. Or, il n'y a pas un outrage à la loi quand le fondateur a été de bonne foi, ce qui est fort possible, étant donnée l'incertitude de la doctrine sur le caractère de certaines conditions. Où l'innocence des intentions du fondateur apparaît plus clairement encore, c'est dans l'hypothèse où la condition ne devient illícite ou impossible que par l'effet de lois postérieures à l'acte de fondation ; enfin, alors même qu'en insérant dans l'acte de fondation une condition contraire à la loi, le disposant a agi sciemment, qu'il a manifesté son intention de produire un acte ou un état de choses qu'il savait n'être pas conformes au droit, qu'il a montré par là son mépris de la législation existante, c'est une peine bien sévère que de le déclarer donateur malgré lui. L'article 900 le frappe de confiscation : il est excessif de le punir aussi durement d'une intention qui ne peut jamais produire son effet.

Je ne puis donc mieux terminer l'examen de la théorie de l'article 900 qu'en formulant le vœu d'en voir cesser l'application aux clauses illicites ou impossibles contenues dans les fondations. Elle ne s'y justifie pas suffisamment : l'intérêt social n'est pas en jeu, puisqu'il serait sauvegardé tout aussi bien par la nullité de l'acte en son entier ; et le maintien de la disposition contre la volonté de celui qui l'a faite a presque tout l'odieux d'une confiscation brutale sans en avoir le moins du monde le caractère de mesure commandée par l'ordre public.

---

## TROISIÈME PARTIE

---

### **Des droits qui naissent de la fondation en faveur des divers intéressés.**

De l'acte de fondation des droits peuvent naître au profit de trois catégories de personnes ; l'être moral donataire ou légataire, le fondateur et ses héritiers, enfin les bénéficiaires de la fondation, quand ils sont représentés par un être moral distinct de celui qui est donataire ou légataire.

Des droits de la personne morale, je n'ai rien à dire ; ce sont ceux de tout donataire ou légataire, droits de propriété ou de créance suivant les cas.

Les droits du fondateur et de ses héritiers méritent un examen plus attentif. Ils peuvent être au nombre de deux ; droit de réclamer directement en justice l'exécution de l'obligation assumée par la personne morale, droit de demander la révocation de la libéralité pour inexécution des charges.

Ces deux droits existent-ils toujours ? Dans quelles conditions s'exercent-ils ?

---

## CHAPITRE I

### DROITS DU FONDATEUR ET DE SES HÉRITIERS

#### SECTION I

##### *Action directe tendant à l'exécution de l'obligation mise à la charge de la personne morale.*

Il y a dans la doctrine un vif débat sur le point de savoir si la donation avec charges fait naître au profit du donateur un droit direct contre le donataire, s'il devient créancier d'une véritable obligation contractée par celui-ci et produisant contre lui les mêmes effets que l'obligation dérivée d'une convention à titre onéreux.

Les uns considèrent qu'aux yeux du législateur la donation est un contrat essentiellement unilatéral, dans lequel le donataire joue le rôle tout passif de celui qui reçoit et jamais le rôle actif de celui qui promet quelque chose. Ils en invoquent comme preuve la définition de l'art. 894 « la donation est un acte... » ; sans doute l'expression est erronée, mais le fait même d'avoir substitué au mot « contrat », qui était dans la première rédaction, l'expression définitive « acte » ne montre-t-elle pas que, si la donation est contrat, c'est du moins un contrat d'où jamais ne dérivent d'obligations que pour une seule per-



personne, le donateur. — Puis, ajoute-t-on, concéder au donateur les droits d'un créancier, ce serait prendre en considération son intérêt pécuniaire, matériel ; or la loi n'a souci que de ses intérêts moraux : la faculté de faire révoquer la libéralité pour inexécution des charges n'a d'autre fondement que la sauvegarde de ces intérêts. Ce droit de révocation est la punition du donataire qui s'est rendu indigne du bienfait conféré, et qui n'a pas su répondre à l'affection confiante qu'on avait mise en lui : il est proche parent de la révocation pour ingratitude. Voilà, dit-on, le point de vue de la loi, et ce serait le méconnaître que de joindre au droit de révocation un droit de créance qui ne peut trouver son explication que dans un point de vue tout opposé. La conclusion de ces auteurs est celle que Furgole défendait dans l'ancien droit : la charge est attachée non pas à la personne du donataire, mais à l'objet de la donation, et le seul droit du donateur est de réclamer cet objet si la charge n'est pas exécutée.

A ces considérations, on répond que si l'article 894 manifeste l'intention du législateur de ne voir dans la donation qu'un contrat rigoureusement unilatéral, c'est du *quod plerumque fit* qu'il s'est préoccupé ; de la donation ordinaire, normale, celle qui consistait dans un enrichissement pur et simple du donataire sans aucun équivalent au profit du donateur ; qu'on ne peut rien conclure de là sur la nature et les effets de la donation avec charges. Quand à l'idée que le droit de révocation a pour base unique l'intérêt moral du donateur, rien ne démontre qu'elle soit rigoureusement exacte ; c'est plutôt l'idée contraire qui ressort de la comparaison des règles qui régis-

sent l'exercice de ce droit avec celles qui ont trait à l'exercice du droit de révocation pour ingratitude. En tout cas, on n'en pourrait pas tirer cette conséquence qu'il ne naît pas de la donation un autre droit, celui de demander l'exécution de la charge, en nature ou par équivalent.

Quoi qu'il en soit de cette discussion, une chose est certaine : c'est que les parties peuvent avoir fait de la donation un acte synallagmatique. On ne diffère d'opinion que sur le cas où leurs intentions n'apparaissent pas ; mais aucun principe juridique ne s'oppose à ce que le donateur soit véritablement créancier de l'exécution de la charge. Et l'intention des parties n'a pas besoin d'être manifestée expressément, il suffit qu'elle ressorte clairement de la nature ou du but de l'acte. Eh bien ! il est certain qu'en matière de fondation l'auteur de la libéralité a entendu imposer à la personne morale gratifiée l'obligation de faire des biens un certain emploi : car cet emploi, qui constitue la charge, est la cause et le but de la disposition ; la transmission de droits au profit de la personne morale n'est qu'un moyen, et on peut dire *a priori* que l'intention du fondateur a été d'attacher à l'exécution de la charge toutes les sanctions que la loi mettait en son pouvoir. Le rôle de la personne morale n'a pas été le rôle tout passif du donataire ou légataire qui reçoit sous une condition résolutoire qui est l'inexécution des charges ; elle a joué un rôle actif, elle s'est obligée contractuellement, si la libéralité est faite par donation, quasi-contractuellement si elle est faite par testament. Le fondateur a voulu traiter avec elle plutôt que lui adresser

purement et simplement une libéralité conditionnelle.

J'ai parlé de l'obligation née à la charge de la personne morale qui accepte la fondation faite par legs. Il y a au premier abord quelque chose d'étrange à voir un droit de créance sortir de l'acceptation d'un legs, au profit de l'héritier. Le testament se trouve ainsi jouer le rôle d'un contrat synallagmatique : il impose au légataire, comme équivalent à la transmission des biens qui en est l'effet ordinaire, une obligation de faire dont le créancier est l'héritier du testateur. Quelque peu accoutumé que soit ce résultat, il n'est cependant en rien contraire aux principes. Une obligation peut certainement être imposée au légataire au profit d'un tiers ; je puis, par exemple, en vous léguant un fond de terre, ajouter cette indication que vous accorderez à Primus droit de passage sur ce fond ; si vous acceptez ce legs, vous devenez débiteur envers Primus, vous vous êtes obligé par quasi-contrat à lui concéder le passage ; deux actions sont nées de l'acceptation du legs : une action directe au profit de Primus, une action en révocation au profit de mon héritier. Dans les fondations faites par testament, ces deux actions naissent aussi contre la personne morale légataire ; seulement elles se réunissent sur une même tête, celle de l'héritier.

L'obligation de la personne morale n'est pas susceptible d'exécution en nature par voie de contrainte, car c'est une obligation de faire, et toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts en cas de non-exécution (1) (art. 1142).

1. Il peut sembler étrange de demander des dommages-inté-

Comment fixer la quotité de ces dommages-intérêts ? Je me place bien entendu dans l'hypothèse où le fondateur laisse de côté l'action en révocation pour user seulement de l'action directe, ou par conséquent les biens donnés restent aux mains de la personne morale. Cette hypothèse d'ailleurs n'est nullement pratique, et je n'ai pas rencontré un seul arrêt statuant sur la question ainsi posée. Il est clair qu'en cas d'inexécution des charges, le fondateur intentera l'action en révocation, et alors la question des dommages-intérêts se posera d'une façon accessoire, sur une base bien moins large : l'indemnité ne sera demandée et accordée que comme complément de la réparation procurée au fondateur par la reprise des biens donnés. Aussi n'insisterai-je pas sur ce point de théorie pure. C'est une règle générale que les dommages-intérêts soient évalués d'après le double calcul de la perte causée et du profit empêché de se réaliser ; le « *damnum energens* », sera ici facile à évaluer : ce sera l'appauvrissement résultant pour le patrimoine du fondateur de la libéralité faite, et faite sans cause puisque l'obligation qu'elle avait eu pour but de faire naître n'est pas exécutée ; de ce chef l'indemnité sera égale à la valeur des biens aliénés qui, par hypothèse, ne sont point réclamés en nature.

rêts pour l'exécution d'une obligation qui ne correspond à aucun intérêt matériel chez le créancier ; mais dès qu'on admet l'existence de l'obligation, il faut bien admettre qu'elle se résout en dommages-intérêts. D'ailleurs, sur l'application de l'article 1382, il est admis que le préjudice moral suffit à motiver une demande d'indemnité : c'est dans une situation analogue que nous sommes en matière de fondation : réparation pécuniaire pour préjudice purement moral.

Quant au « *lucrum cessans*, » c'est en notre matière quelque chose de bien vague et d'une évaluation délicate : le fondateur ne cherchait pas un gain pécuniaire, mais une satisfaction toute morale : le préjudice causé par l'exécution de l'obligation n'a donc rien de matériel, et c'est cependant sous la forme matérielle d'une indemnité qu'il s'agit de l'évaluer. La question se pose exactement dans les mêmes termes pour la demande d'indemnité jointe à l'action en révocation : dans ce cas le tribunal n'a pas à évaluer le *damnum emergens*, la révocation faisant cesser l'appauvrissement qui était résulté, pour le patrimoine du fondateur, de la libéralité, mais il a à se prononcer sur la quotité des dommages intérêts qui sont réclamés en sus, et qui doivent bien représenter le *lucrum cessans*, constituer la réparation du dommage moral que cause au fondateur ou à ses héritiers l'inexécution de l'obligation. Un certain nombre de décisions judiciaires admettent en ce cas le principe du droit aux dommages-intérêts, renvoyant les parties à se pourvoir ultérieurement pour la fixation du chiffre (1). J'en ai rencontré un qui, s'agissant de la fondation d'une école professionnelle, allouait aux héritiers une somme de 15,000 francs, je crois, accessoirement à la révocation prononcée, mais à charge de faire emploi de cette somme pour l'entretien d'une école de même caractère que celle qui avait été l'objet de la fondation. C'est affaire au juge d'apprécier dans chaque affaire ce qu'il convient de décider sur cette question.

J'ai dit que l'exécution directe par voie de contrainte n'était pas possible, puisqu'il s'agissait d'obligation de

1. Par exemple, Aix, 25 février 1880, Sirey, 1882, 2, 97.

faire. Cela n'est pas rigoureusement exact, ou plutôt ne l'est qu'au point de vue de la situation que le droit commun crée au débiteur de l'obligation de faire. Mais il ne faut pas oublier que la plupart des personnes morales auxquelles les fondations sont adressées sont des établissements publics, qu'elles font partie intégrante de l'organisation administrative. Les communes, hospices, bureaux de bienfaisance, sont des personnes morales en tutelle, sous la dépendance d'autorités créées par la loi ; et si le droit commun n'offre à leur créancier aucun moyen de les contraindre à l'exécution d'une obligation de faire, ce créancier aura recours à la contrainte administrative, et pourra obtenir, par l'intervention de l'autorité supérieure, l'accomplissement des engagements pris. C'est là un ordre d'idées qui relève du droit administratif, et je me borne à cette brève indication.

De ce que le fondateur a un droit direct à l'exécution de l'obligation, une conséquence semble découler : c'est que ce droit subsistera même si vient à périr le bien objet de la fondation. C'est un immeuble qui a été donné ou légué : il périt sans la faute de celui qui l'a reçu, par cas fortuit. Ne faut-il pas dire que l'obligation de la personne morale survit, n'est-ce pas la règle ordinaire ? La chose est aux risques du propriétaire et la perte ne libère pas celui qui ne s'est engagé qu'à cause de la prestation accomplie à son profit. Aussi bien la survivance du droit de créance à l'objet de la libéralité faite avec charge est-elle le principal intérêt de la discussion que j'ai mentionnée sur les effets de cette sorte de libéralité. Les auteurs qui revendiquent pour le donateur un véritable droit de créance



ont en vue l'hypothèse où, l'objet ayant péri, l'action révocatoire aurait perdu toute utilité. Je ne crois pourtant pas qu'en matière de fondation, il soit exact d'appliquer cette doctrine. Il ne faut pas perdre de vue cette notion, à mon sens capitale, que la personne morale n'est qu'un instrument grâce auquel des êtres humains peuvent bénéficier d'intentions généreuses qui, sans elle, ne trouveraient pas leur réalisation pratique, que la libéralité dont elle est le sujet juridique n'est pas un but, mais un moyen. Le but du fondateur a été qu'une portion de ses biens reçût un emploi spécial; il a choisi la personne morale comme un dépositaire, le seul capable d'assurer à l'emploi projeté la perpétuité, dépositaire obligé de conserver les biens et d'en affecter les revenus à la destination voulue, mais seulement à cela. De sorte que si les biens périssent par cas fortuit, l'obligation périclité du même coup; elle était attachée à l'objet de la libéralité.

Cela n'est-il pas contraire au principe que l'obligation pèse sur tous les biens du débiteur? Nullement! ce principe n'est pas en cause. A quoi la personne morale s'est-elle obligée, selon l'intention probable des parties? Ce n'est pas à entretenir une école, un hôpital, avec n'importe quels revenus, c'est à faire, des revenus du capital donné, emploi pour l'entretien de cette école, de cet hôpital. De cette obligation elle est responsable sur tous ses biens, en ce sens que, si elle refuse de l'exécuter, elle sera passible de dommages-intérêts dont son patrimoine entier sera le gage, en ce sens encore que, si le bien donné périclité par sa faute, elle n'en devra pas moins affecter au service de la fondation une somme égale aux revenus de ce

bien. Voilà où le principe de l'article 2092 traîne son application. Mais en raison même de son objet, cette obligation périt par la perte fortuite du bien donné : consistant à faire emploi des revenus, elle cesse quand les revenus disparaissent. C'est l'application de cet autre principe de droit que les parties ne sont obligées qu'à ce à quoi elles ont entendu s'obliger.

J'ai rencontré un seul arrêt de cour d'appel statuant sur cette question. Il s'agissait d'une ville gratifiée par legs d'une certaine somme sous la charge d'un emploi déterminé. Le legs était d'une créance sur le légataire universel, l'emploi consistait à distribuer les revenus de la somme à deux sociétés d'apprentissage. Acceptation du legs par la ville; puis avant que la somme due lui ait été payée, décès du légataire universel qui laisse un actif inférieur à son passif.

La ville; ne recevant pas la somme, était-elle néanmoins obligée à verser aux sociétés désignées les revenus qu'elle ne percevait pas? La Cour de Caen l'a ainsi décidé, considérant que la ville n'était pas un simple mandataire, mais un légataire grevé de charge. M. Labbé a parfaitement montré ce qu'il y avait de rigoureux en fait et de contestable en droit à adopter cette décision. « Je vous donne, dit-il, un immeuble à charge de servir une rente, l'immeuble périt, je ne suis pas libéré, car il n'y avait aucune corrélation juridique entre la propriété de l'immeuble et le service de la rente. Mais je vous donne une somme à charge de l'employer d'une certaine manière; l'héritier ne paie pas la somme, resterai-je sous le coup de la charge? Je ne le crois pas, car la charge ne

pouvait se distinguer de la libéralité, elle ne pouvait pas survivre à sa non-exécution (1). « Il y a en effet une antithèse frappante entre les deux espèces, la première qui est l'expression du *quod plerumque fit*, la seconde qui se réfère à une situation juridique toute spéciale, où la personne gratifiée ne l'est qu'en vue d'un but extérieur, et ne recevant qu'à titre d'intermédiaire ne s'oblige aussi qu'à ce titre.

Seulement si la personne morale n'est obligée qu'autant que l'objet de la libéralité subsiste, à quoi bon attribuer un droit de créance au fondateur? N'est-ce pas un droit qui n'a aucune utilité pratique, puisqu'il n'existe que là où l'action révocatoire peut être exercée, et qu'il disparaît dans la seule hypothèse où le fondateur aurait intérêt à s'en prévaloir, quand l'objet de la libéralité a péri? Il est certain que l'intérêt pratique n'apparaît pas clairement. Cependant, tout d'abord reste cette considération que le fondateur, tant que l'objet subsiste, a le choix entre les deux solutions, ou demander la révocation, ou réclamer des dommages-intérêts et on conçoit qu'en certaines circonstances il puisse préférer la seconde. Il peut d'ailleurs réclamer des dommages-intérêt, concurremment à la révocation de la libéralité : c'est ainsi qu'en fait les choses se passent toujours : il n'en pourrait pas être de même si, au lieu d'une libéralité accompagnée d'un « modus » et faisant naître à la charge de la personne morale une obligation, il n'y avait dans la fondation qu'une libéralité sans condition résolutoire. Enfin il faut prendre garde que la solution que j'ai donnée ne s'ap-

1. Sirey, 1870, 2, 145.

plique qu'au cas de perte fortuite. Mais supposons que la perte de la chose advienne par la faute ou la négligence du débiteur, l'intérêt pratique apparaît à reconnaître au fondateur un droit de créance. S'il n'avait pas ce droit, la perte même par la faute de ceux qui représentent la personne morale le laisserait désarmé, puisque d'une part la révocation ne serait plus efficace, et que d'autre part le donataire n'étant pas obligé, n'étant point tenu par suite de veiller à la conservation de la chose, en pouvant user et abuser sans que ses actes aient contre lui des conséquences juridiques, ne serait passible d'aucuns dommages-intérêts. Muni de son droit de créance, le fondateur peut, au contraire, actionner son débiteur, responsable par devers lui de la perte de la chose. Il est vrai, et cette remarque ramène dans le domaine de la théorie l'intérêt pratique annoncé, qu'étant données les règles sévères qui s'imposent à la gestion des administrateurs auxquels sont confiés les biens des personnes morales, l'éventualité d'une perte de la chose par faute ou négligence est une hypothèse assez peu vraisemblable.

Il y a certains cas, et c'est par là que je termine, où aucun droit de créance n'a pris naissance au profit du fondateur, parceque le fait dont il imposait l'exécution à la personne morale, s'il pouvait valablement être mis « *in conditione* », ne pouvait pas faire l'objet d'une obligation sanctionnée par une action en dommages-intérêts. Telle est la clause, tant de fois citée déjà, qui impose le recrutement dans les congrégations religieuses de femmes du personnel hospitalier ; telle encore la clause qui, sous le régime de la loi du 14 juin 1854, portait que

l'instituteur communal serait toujours un congréganiste. Je considère ces deux clauses comme parfaitement licites, et par conséquent dès qu'elles cesseront d'être obéies la libéralité sera sujette à révocation ; mais je ne crois pas pouvoir aller plus loin. La commission administrative de l'hospice ou l'autorité préfectorale chargée de nommer l'instituteur ne pouvait pas aliéner la liberté qui leur est donnée par la loi de choisir au mieux des intérêts dont elles ont la garde le personnel hospitalier ou enseignant, et engager l'avenir en se mettant dans les liens d'une obligation perpétuelle. C'est ce qui a été jugé pour la seconde de ces clauses par la Cour de cassation (1) Il est vrai que dans l'arrêt cité la condition était déclarée illicite ; mais il me semble qu'il n'y a pas contradiction à déclarer la condition licite et cependant à décider que le fait y inclus ne put pas être l'objet d'une obligation assumée par la commune. L'obligation entraîne une sanction que ne comporte pas l'insertion dans l'acte d'une simple condition résolutoire : elle met entre les mains du fondateur, à côté de l'action révocatoire, une action directe en dommages-intérêts. On peut donc parfaitement admettre la validité de la condition en même temps que la nullité de l'obligation : le fondateur n'aura plus à sa disposition qu'une seule action au lieu de deux.

SECTION II. — *Droit de révocation pour inexécution des charges.*

J'en ai fini avec l'examen du droit direct qui naît au profit du fondateur et qui se traduit en justice sous la

1. Sirey, 1885, 1, 49.

forme d'une demande en dommages-intérêts. Le droit de révocation a une importance pratique bien plus considérable ; il a soulevé devant les tribunaux des questions intéressantes.

C'est un principe général de notre droit que, toutes les fois que des obligations ou des prestations réciproques, même d'inégale valeur sont imposées aux deux parties en présence, chacune peut, si l'autre manque à ses engagements, se dégager elle-même et reprendre ce qu'elle a donné. L'article 1184, pose le principe pour les contrats synallagmatiques, et tout le monde est d'accord que de ce texte trop étroit il est permis de tirer une règle générale applicable aux contrats même unilatéraux, pourvu que d'autre part un équivalent juridique ait été fourni par la partie qui dans le contrat reçoit sans donner. Ce que dit l'article 1184 pour les contrats à titre onéreux, les articles 954 et 1046 le disent pour les actes à titre gratuit où le donataire et le légataire sont, en retour de la liberté qu'ils reçoivent, grevés de certaines charges. Il est donc certain, quelle que soit la qualification juridique de la fondation, acte à titre onéreux ou libéralité avec charge, que le droit de révocation appartient au fondateur dont la volonté n'est pas exécutée.

Le droit de révocation ne s'exerce pas seulement pour inexécution des conditions qui constituent la fin essentielle et comme la substance irréductible de la fondation, et qui, illicites ou impossibles, échappent à l'article 900 parce qu'elles sont la cause de la disposition ; il l'exerce pour toute condition, de si mince importance qu'elle soit.



Il cesse, par la force même des choses quand l'objet de la libéralité a péri: la perte provient-elle d'un cas fortuit ou de force majeure, aucun droit ne subsiste aux mains du fondateur, puisque j'ai admis que son droit de créance s'éteignait aussi dans ce cas ; provient-elle au contraire d'une faute ou d'une négligence du débiteur, c'est-à-dire de la personne morale ou plutôt de ses représentants, le fondateur conserve le droit de demander des dommages-intérêts, je me suis expliqué là-dessus.

Un débat très vif s'est élevé pour le cas où l'inexécution provient d'un fait non imputable au débiteur, mais autre que la perte de la chose. La question est posée pour les fondations d'écoles confessionnelles laïcisées par arrêté préfectoral en vertu de la loi du 14 juin 1854, et aussi par application de la loi du 30 octobre 1886. L'exécution de la charge imposée à la commune est rendue impossible par force majeure, puisqu'il y a décision d'une autorité supérieure au conseil municipal, mais, à la différence du cas de perte de la chose donnée, la révocation pourrait être demandée, puisque l'objet subsiste : la question est de savoir si le droit à la révocation n'est pas éteint.

On se rappelle que j'ai fait à cette hypothèse l'application de l'article 900. A mon avis les principes sont les mêmes, que le caractère illicite ou impossible de la condition apparaisse dès l'origine, ou seulement par l'effet de mesures postérieures. Mais cette manière de voir ne va pas sans contestation. Plusieurs auteurs refusent de l'admettre et veulent que la solution de la question soit cherchée dans la théorie de la condition résolutoire et

celle de l'extinction des obligations. Je me place sur ce terrain, et je vais examiner la difficulté en faisant abstraction de l'article 900.

Si on admet, comme je l'ai fait, que la commune n'a pas pu valablement prendre l'engagement de maintenir toujours dans l'école un instituteur congréganiste, la question est assez simplement résolue. La fondation n'est qu'une libéralité faite sous une condition résolutoire, la condition arrive, la résolution se produit (1).

Mais la plupart des auteurs qui admettent la validité de la clause relative au choix de l'instituteur n'en séparent pas la validité de l'obligation assumée par la commune. Admettons donc l'existence d'une obligation née de la fondation : celle-ci change alors de caractère, et, la libéralité sous condition résolutoire devient une libéralité accompagnée d'un *modus*. Ce n'est plus la théorie de la condition résolutoire, mais celle de l'inexécution des obligations qu'il faut appliquer. Les articles 1184, 953, 1046, sont-ils faits pour le cas où l'inexécution provient d'un cas fortuit ou de force majeure ?

Oui, répondent des auteurs considérables (2) : il n'y a pas à considérer le motif pour lequel l'obligation est inexécutée : chaque partie n'a entendu vraisemblablement exécuter son obligation qu'autant que l'autre exécuterait la sienne, et se réserver la faculté de remettre les choses en l'état si, ayant rempli ses engagements, elle ne pouvait

1. *Bartin, op. cit.* page 91.

2. *Larombière, obligations*, III, 92, article 1184, n° 6. — *Demolombe*, XXX, n° 497. — *Aubry et Rau*, par. 302.

pas obtenir que ceux qui ont été pris envers elle fussent remplis.

Cette manière de voir a soulevé de graves objections(1). La condition résolutoire, a-t-on dit, n'est pas opposée ici à une libéralité pure et simple, elle accompagne une obligation dont elle est la sanction ; que cette obligation vienne à disparaître, et la condition résolutoire disparaît aussi. Or c'est bien ce qui a lieu dans l'espèce. Il s'agit non pas d'inexécution, mais d'extinction de l'obligation, et cette formule n'oppose pas seulement deux mots l'un à l'autre, elle oppose deux théories qui se font antithèse. La commune avait assumé une obligation ; elle ne se refuse pas à l'exécuter, mais une force majeure l'en empêche : un acte de l'autorité préfectorale ou législative interdit l'école publique à l'instituteur congréganiste, supprime l'obligation de la commune, la libère par cela même : c'est l'application de l'article 1302.

Je ferai d'abord une remarque. C'est que cette théorie conduit à une distinction, bien étrange en ses résultats pratiques, entre le cas où il s'agit d'une libéralité sous condition résolutoire, et celui où la libéralité est accompagnée d'un *modus*, c'est-à-dire entre celui où une obligation est née à la charge de la commune, et celui où le fait de l'entretien d'un instituteur congréganiste est mis seulement « *in conditione* » sans être l'objet d'une obligation (2). Quand l'inexécution du fait provient de force ma-

1. *Bartin. op. cit.* page 91 et suiv.

2. Même pour les auteurs qui reconnaissent au fait de l'entretien d'un instituteur congréganiste le caractère de fait pouvant être mis *in obligatione*, il y a des cas où le fondateur n'a voulu que le mettre *in conditione*. Voyez *Bartin*, page 99.

jeure, c'est seulement dans l'hypothèse où il y avait simple condition résolutoire que l'action résolutoire est ouverte, elle échappe au fondateur qui avait entendu se réserver un droit de créance. Je dis que ce résultat est étrange. Le fondateur qui a entendu se réserver un droit de créance a voulu qu'une sanction nouvelle et rigoureuse, l'action tendant à l'exécution de l'obligation et devant aboutir à une allocation de dommages-intérêts, fût jointe à l'action révocatoire qui forme la sanction ordinaire de toute charge apposée à une libéralité : il a voulu lier plus fortement le donataire en en faisant son débiteur. Et il se trouve que le donataire devenu débiteur d'une obligation de faire va garder les biens donnés en un cas où, donataire sous condition résolutoire sans être débiteur, il eût été obligé de restituer ces biens. De sorte que le donateur se trouve d'autant moins protégé qu'il a voulu se protéger davantage, et que, pour s'être réservé deux droits d'action, il n'en peut plus exercer un seul (1).

Les principes conduisent-ils à cette solution ? Je ne le crois pas, et je soutiens qu'on ne doit pas lier l'un à l'autre les deux droits du fondateur, que la commune peut être libérée de son obligation par un cas de force majeure sans pouvoir cependant garder le bien dont la prestation a été la cause de son obligation.

1. Et si on admet, comme je l'ai admis, que le fait en question ne peut pas être l'objet d'une obligation, on se trouve avoir donné une solution qui en somme est favorable au fondateur, puisqu'elle lui permet d'intenter l'action révocatoire, alors qu'on avait l'intention de le traiter moins favorablement que ceux qui lui reconnaissent un droit de créance.

Il y a, en effet, deux questions distinctes. La commune s'était engagée à entretenir un instituteur congréganiste : le fait du prince supprime l'objet de son obligation, elle se trouve sans sa faute dans l'impossibilité de l'exécution : elle est libérée : elle ne sera tenue d'aucuns dommages-intérêts, au lieu qu'elle en aurait été tenue si c'eût été par son fait ou sa faute que l'obligation fût inexécutée. Voilà la première question, elle se pose à propos de toute obligation, elle est résolue par l'article 1302.

La commune ne s'était obligée que parce qu'elle avait reçu certains biens : et de même qu'elle ne se fût pas engagée si elle n'avait pas été rendue propriétaire de ces biens, de même la transmission de biens consentie par le fondateur n'avait eu lieu qu'en vue de faire naître l'engagement pris par la commune. L'obligation et la prestation ont été la cause l'une de l'autre : la prestation ne devrait-elle pas être considérée comme non avenue si l'obligation n'est pas exécutée? Les biens transmis ne doivent-ils pas faire retour au patrimoine originaire si le fait promis n'est pas accompli? Voilà la seconde question, question des risques, absolument distincte de la première. L'une se pose à propos de toute obligation prise individuellement, abstraction faite de l'ensemble juridique où elle a sa place, l'autre ne se pose que là où deux parties sont en présence, et où s'aperçoivent des obligations ou prestations réciproques, soit nées d'une convention unique, soit même produites par des actes juridiques distincts, comme en matière de fondation par testament. L'une consiste à rechercher le motif pour lequel l'obligation est exécutée, et à se demander si cette obligation est définitivement

éteinte, ou si elle revit sous forme de dommages-intérêts : il y a extinction dans le cas de force majeure, fait fortuit et fait du prince, il y a transformation en dommages-intérêts en cas de fait ou de faute du débiteur. L'autre consiste, étant donné que l'inexécution ne provient ni du fait ni de la faute du débiteur, et autrement elle ne se poserait pas, à se demander si, ne pouvant pas tenir son engagement, le débiteur peut exiger que l'autre partie tienne le sien, et si, s'agissant d'une prestation accomplie, il peut garder l'objet reçu.

Prenons un exemple pour rendre la distinction plus sensible encore. J'ai fait marché avec un maître maçon pour qu'il construise un mur dans ma propriété ; à l'époque fixée le mur n'est pas fait. Est-ce par la faute du maçon, est-ce par force majeure ? Sera-t-il ou non libéré de son obligation ? Première question. Etant donné que c'est par force majeure que la construction du mur a été empêchée et que par conséquent le maçon n'est tenu envers moi à aucuns dommages-intérêts, devrai-je néanmoins lui payer le prix convenu ? et l'argent payé à l'avance, pourrai-je répéter ? Il y a une perte à subir, l'un de nous sera lésé, le maçon, si, ayant été empêché de construire le mur, il manque d'obtenir le profit sur lequel il avait compté ; moi, si, n'ayant pas dans ma propriété le mur qui devait être construit, je dois payer comme s'il avait été construit. Qu supportera cette perte, pour qui seront les risques ? Seconde question.

Revenons à notre matière : la commune est certainement libérée, elle ne doit aucuns dommages-intérêts, cela



n'est pas contestable (1). Peut-elle garder les biens qui ne lui ont été transmis qu'en considération de l'obligation assumée ? Je réponds négativement. Dans la théorie que jè combats en ce moment, on conclut de la libération de la commune à la non restitution des biens : l'obligation n'existe plus, la commune ne devra rien restituer. Il y a là une confusion manifeste des deux questions de libération et des risques : la réponse à la première ne fournit pas la solution de l'autre.

Où trouver cette solution ? La théorie générale des risques n'est pas faite dans le code Civil, ou plutôt elle existe seulement pour le cas où l'objet de l'obligation éteinte était un corps certain (article 1138). Je vous vends mon cheval : avant livraison l'animal périt sans ma faute ; je suis libéré, et de plus les risques sont pour vous, vous devez le prix convenu.

L'obligation de la commune est une obligation de faire, pas de principe général dans la loi, mais il y a des textes épars, contenant des solutions spéciales à telle ou telle hypothèse, qui peuvent nous servir d'indications.

C'est d'abord l'article 1722 : la chose louée périt par cas fortuit, le bailleur est libéré, il ne doit pas de dommages-intérêts, mais les risques sont pour lui ; il ne peut pas exiger le prix de la location. Ainsi voilà une obliga-

1. Je ne parle pas du cas où la commune a provoqué par un vœu l'arrêté de laïcisation ; je m'en explique en deux mots. Dans ce cas là la commune n'est pas libérée, car elle a provoqué le fait qui rend impossible l'exécution de son obligation, et ne peut plus l'invoquer comme cas de force majeure ; elle a violé la loi du contrat, elle s'est procurée sa libération, elle ne peut pas en profiter. Voir *Bartin*, page 106.

tion de faire, celle du bailleur, dont l'extinction par cas fortuit laisse cependant les risques à la charge du débiteur libéré. N'est-ce pas l'indication qu'en matière d'obligation de faire, la loi entend mettre les risques à la charge du débiteur? de sorte qu'en notre question la commune ne pourrait pas garder les biens reçus, dès le moment où l'exécution de son obligation devient impossible? Il serait dangereux de conclure si vite. On a dit, en effet, qu'à la disposition de l'article 1722, il y avait une explication tirée de la nature spéciale du contrat de louage de choses et qui faisait obstacle à toute généralisation. Il y a ici, a-t-on dit, deux obligations qui ont le caractère d'être successives : on peut ainsi opérer une décomposition parallèle des deux obligations du preneur et du bailleur en une série de petites obligations dont chacune est la cause de celle qui naît corrélativement ; il y a autant de causes distinctes qu'il y a de ces petites obligations. Si l'article 1722 fait cesser l'obligation du preneur en même temps que disparaît celle du bailleur, c'est qu'elle cesse d'avoir une cause dès que celle-ci disparaît. Mais cela n'est ainsi que parce que l'obligation du bailleur se décompose comme celle du preneur. Il en est autrement en matière de fondation : l'obligation de la commune est seule successive, celle du fondateur a été aussitôt éteinte que née, il n'y a eu de sa part qu'une prestation une fois faite. On trouve d'un côté une obligation, de l'autre une prestation qui sont la cause l'une de l'autre ; mais, une fois nées, elles deviennent indépendantes : le transfert de propriété consenti par le fondateur a eu pour cause la naissance de l'obligation et non pas son exécution.

L'argument serait irréfutable si d'une part il était démontré que l'article 1722 s'explique comme on le prétend, si d'autre part quelques articles du Code ne nous apportaient pas une solution analogue sans qu'on puisse en donner la même explication. Or il est fort douteux que les rédacteurs du Code aient écrit l'article 1722 sur le fondement de cette théorie subtile qui décompose chaque obligation en une série indéfinie de petites obligations parallèles. Combien il est plus simple de voir là une interprétation de la volonté des parties ! Prenez deux personnes peu versées en la science du droit, ignorant jusqu'à l'existence de cet article 1722, supposez entre elles un contrat de louage de choses. L'intention du preneur ne sera-t-elle pas de ne payer son prix qu'autant que la jouissance de la chose lui sera fournie, tout comme celle du bailleur de ne fournir cette jouissance qu'autant qu'il recevra le prix ? et ne doit-on pas présumer que chacune des parties a accepté sur ce point la prétention de l'autre qui est l'exact équivalent de la sienne propre ? Ne vaut-il pas mieux enfin chercher l'origine d'une règle de droit dans l'interprétation de la volonté légitime des parties que dans une analyse juridique qui, pour ingénieuse qu'elle soit, ne laisse pas que de paraître un peu subtile et artificielle ?

Mais quelle que soit la théorie de l'article 1722, d'autres articles présentent la même solution à la question des risques, en des cas où il n'y a pas deux obligations successives offrent prise à une décomposition idéale en deux séries d'obligations parallèles. L'article 1788 vise le cas où un ouvrier qui fournit et la matière et son travail,

ne peut point livrer la chose promise parce qu'elle a péri : le risque est pour lui, le maître ne paiera pas le prix convenu. Même solution dans l'article 1790 pour le cas où l'ouvrier ne fournit que son travail : la perte fortuite de la chose le libère, mais il ne peut réclamer aucun salaire. Faut-il citer encore l'article 1867 ? Je n'en parlerai que pour mémoire, afin de ne pas allonger cette discussion. Ce qui résulte de ces textes, c'est l'indication d'une théorie très nette sur les risques en matière d'obligation de faire : nous pouvons en tirer par généralisation une règle applicable à l'obligation de la commune, et cette règle n'est que la traduction de l'intention des parties. Donnant donnant, dit le proverbe : exécute ton obligation, dit ou plutôt pense chaque partie, j'exécuterai la mienne. Ce que disent les parties, l'équité le commande et la loi le consacre (1).

J'ai traité la question à propos d'une espèce particulière, intéressante à titre d'actualité. Il va sans dire que les termes du problème sont exactement les mêmes, et la solution identique, dans tous les cas où, par force ma-

1. En matière d'obligation de faire on peut formuler la théorie des risques « *res perit debitori* ». N'y a-t-il pas contradiction entre cette règle et celle de l'article 1138 qui, s'agissant de l'obligation de transférer la propriété, met les risques à la charge du créancier ? La contradiction n'est qu'apparente : l'obligation de « *dare* » est exécutée aussitôt que née ; le créancier est devenu propriétaire, et, si les risques sont pour lui, ce n'est pas que la loi ait voulu poser une règle différente de celle qui régit les obligations de faire, c'est à cause de l'intervention d'un principe nouveau « *res perit domino* ». M. Bufnoir, à son cours.

jeure ou cas fortuit, l'acquit d'une fondation devient impossible.

Il se présente fréquemment que, sans être pour le tout impossible, l'acquit de la fondation ne puisse plus se faire suivant les termes mêmes de l'acte. La baisse des revenus coïncidant avec l'élévation du prix des choses nécessaires à la vie, des salaires, et des loyers, ces deux phénomènes économiques, dont l'action tend sans cesse à diminuer les situations acquises et fait que ne plus s'enrichir, c'est s'appauvrir, ont leur effet sur les fondations comme sur le patrimoine des particuliers. Telle somme qui, il y a cinquante ans, suffisait à entretenir trois lits dans un hôpital, ou à élever trois orphelins dans un hospice, ne produit plus aujourd'hui un revenu égal à la dépense. L'établissement gratifié devra-t-il prendre sur son patrimoine de quoi combler le déficit, ou pourra-t-il baisser les charges au niveau des recettes sans encourir l'action révocatoire ? La réponse que je ferai à cette question est prévue d'avance si l'on se rappelle sous quel aspect j'ai présenté l'obligation de la personne morale. L'obligation consiste à faire emploi des revenus ; c'est en partant de ce principe que j'ai conclu à la libération de la personne morale dans le cas où l'objet donné périt sans sa faute ; le même principe me conduit maintenant à décider que, les revenus baissant, l'établissement chargé de la fondation a le droit de réduire les dépenses : ce faisant, il ne manque pas à la loi du contrat, la révocation ne peut être demandée contre lui.

Tel est le principe. Il est bien certain que la volonté des parties peut le modifier, puisque je ne le présente

que comme interprétatif de cette volonté. S'il apparaît que l'établissement débiteur s'est engagé à remplir les charges imposées sans que la force et la durée de son obligation soient subordonnées à l'égalité constante des dépenses et des revenus, alors il devra employer ses ressources propres à parer l'insuffisance de celles affectées à la fondation. Mais je ne crois pas qu'une obligation ainsi entendue soit aisément acceptée par la personne morale. En fait l'intention du fondateur est d'affecter certains biens à un usage perpétuel et de faire jouer à la personne morale le seul rôle de dépositaire chargé d'administrer. Ce serait pour l'établissement donataire ou légataire un trop mauvais marché que de s'engager à quelque chose de plus qu'à exécuter cette sorte de mandat conféré par le fondateur et à faire emploi des revenus tant qu'ils existeront, et jusqu'à concurrence de la somme à laquelle ils s'élèvent : en vertu des deux lois économiques que je signalais tout à l'heure, il n'y aurait à un pareil traité que des chances de pertes assurées.

En droit il a toujours été admis que les charges imposées aux établissements publics pouvaient être réduites en cas d'insuffisance des revenus. Dans la législation canonique c'était un principe certain pour les fondations pieuses (1), principe attesté par tous les auteurs tant anciens que modernes. Merlin, dans son répertoire, cite un décret du 2 nivôse an XIV, rendu pour autoriser une fondation particulière, et dont l'article 9 réserve expres-

1. Durand de Maillanes. *Dictionnaire de droit canonique*, II, p. 505. Louis de Héricourt. *Lois ecclésiastiques de France*, p. 537. Gaudry. *Traité de la législation des cultes*, III, n° 879.



sément, pour le cas de diminution dans la valeur des biens, le droit de réduction qui sera exercé par le préfet du département, sous l'approbation du gouvernement ; il ajoute que c'est là un principe applicable à toutes les fondations (1). Enfin l'article 29 du décret du 30 décembre 1809, relatif aux fondations adressées aux fabriques, est ainsi conçu : « Le curé ou desservant se conformera au règlement de l'évêque pour ce qui concerne..., et l'acquittement des charges privées imposées par les bien-faiteurs, sauf les réductions qui seraient faites par l'évêque, conformément aux règles canoniques, lorsque le défaut de proportion des libéralités et des charges qui en sont la condition l'exigera. »

Je crois donc être fondé à dire que ma manière de voir est à la fois conforme aux intentions des parties et aux principes du droit. Elle a de plus le grand avantage d'appliquer la même solution à deux hypothèses qui, différentes par l'aspect extérieur et les moyens employés pour réaliser la pensée inspiratrice de l'œuvre, sont cependant identiques au point de vue de la volonté intime et des situations des parties en cause, et appellent par conséquent la même règle. Je veux parler des deux modes de fondation, le mode allemand qui est la constitution d'une entité juridique spéciale, le mode français qui est la transmission de biens avec charge à un établissement existant. Supposons que le fondateur ait pu créer une personne morale qui n'a d'autre mission que de prêter sa vie juridique au patrimoine de la fondation ; notre question ne pourra même pas se poser ; il a par exemple ins-

1. Merlin. *Répertoire*, au mot *fondation*.

titué trois bourses d'étude ; les revenus du patrimoine ne peuvent plus servir qu'à l'entretien de deux bourses ; la réduction se fera nécessairement, sans que les héritiers du fondateur aient le droit de réclamer le capital sous prétexte que l'intention de leur auteur n'est plus exécutée. Eh bien ! la situation doit être la même si, au lieu de constituer en entité juridique le capital de la fondation, le donateur l'a adressé à un établissement d'instruction qu'il a chargé d'administrer les biens et de conférer les bourses. Dans les deux cas, on trouve au fond la même pensée ; affectation d'une certaine somme à une œuvre quelconque ; dans les deux cas, ce sont les revenus seuls de cette somme qui doivent être employés à l'acquit des charges (1)

Voilà donc une hypothèse où l'inexécution de l'obligation imposée à la personne morale n'entraîne pas révocation de la libéralité. Toutefois l'exception au principe est plus apparente que réelle : il y a toujours exécution de l'obligation, non plus dans les termes mêmes de l'acte de fondation, mais suivant son esprit et l'intention du fondateur ; il y a exécution de l'obligation, puisqu'il y a emploi des revenus à la destination fixée. Telle est si bien la manière dont je comprends la chose, que je ne puis pas donner la même solution si la charge imposée était irréductible, indivisible, de telle nature que, l'accomplir pour partie, ce soit ne pas l'accomplir du tout. J'emprunte un exemple aux recueils de jurisprudence(2) : on a fondé une école dans un village au commencement

1. En sens contraire Lory. *op. cit.* pages 149 et suiv.-

2. Dalloz, 1878, II, 98

du siècle ; les revenus du capital donné deviennent au bout de quelque cinquante ans insuffisants pour l'entretien de l'école : cet entretien n'est pas une chose qui se fractionne ; l'école devait recevoir tous les enfants du village, il fallait de toute nécessité une certaine somme minima, représentant les dépenses indispensables ; dès qu'elle cessait d'être fournie annuellement par le capital, la fondation cessait d'être exécutée. Donc en ce cas la rigueur des principes conduisait à admettre l'exercice par les héritiers du droit de révocation. Il n'est cependant nullement certain que cette solution réponde aux intentions du fondateur ; il y a toujours moyen d'exécuter les charges, dont l'exécution telle qu'elle a été prévue dans l'acte est devenue impossible, par équivalent, par à peu près, grâce à des modifications plus ou moins graves dans les conditions originaires de l'emploi. Ainsi, dans l'espèce rapportée par Dalloz, *loc. cit.* la congrégation religieuse chargée de la fondation demandait à transporter l'école dans une commune, voisine de celle désignée par le fondateur, qui offrait de prendre à son compte les dépenses non couvertes par les revenus actuellement insuffisants (1).

1. La Cour de Nancy, dans l'arrêt précité, a fait droit à cette demande ; il est vrai que les héritiers du fondateur n'étaient pas intervenus dans l'instance. Il y avait procès entre la congrégation des sœurs de la doctrine chrétienne, donataire d'une rente de 300 fr. à charge d'entretenir une institutrice dans la commune qui devait de son côté fournir le logement et la salle d'école. La rente était insuffisante pour le traitement de l'institutrice, et la commune refusant de fournir le complément, la congrégation retira de l'école la sœur institutrice, d'où procès. La Cour de Nancy décida que la congrégation enverrait l'insti-

Dans la plupart des cas, il y a certitude morale pour le juge que le fondateur, s'il pouvait de sa tombe exprimer son avis, préférerait, à l'exercice de l'action révocatoire par ses héritiers, une solution qui permit la réalisation, sous une forme un peu nouvelle, de ses intentions originaires toujours persistantes. Mais je ne vois pas par quelle réponse, satisfaisante au point de vue juridique, on pourrait opposer à la réclamation des héritiers venant se prévaloir de leur droit de révocation : ils ont pour eux le texte de la loi.

### SECTION III

#### *Des dommages-intérêts joints à la révocation pour inexécution des charges.*

J'ai traité séparément des deux droits du fondateur. Il va sans dire qu'il ne peut pas les exercer concurremment, il doit choisir, c'est le droit commun. Le débiteur ne tutrice dans une commune voisine qui offrait le supplément du traitement. — En droit, cette solution n'est pas justifiée. La commune, bénéficiaire de la fondation, réclamait ou le maintien de l'institutrice, ou le versement dans sa caisse de la rente. La congrégation ne pouvait pas être contrainte à maintenir l'institutrice sans traitement suffisant ni à parfaire ce traitement. Mais, ne pouvant plus exécuter en nature son obligation, elle devait remettre la rente à la commune en faveur de laquelle la fondation avait été faite : la commune se serait trouvée obligée de tenir une école dirigée par une sœur de la congrégation sous peine d'encourir l'action révocatoire.

peut pas être forcé à la fois de payer des dommages-intérêts qui seraient l'exact équivalent de l'obligation inexécutée, et de restituer les biens dont la prestation a été la cause de son obligation. Qu'il exécute son obligation en nature, ou qu'il en fournisse l'équivalent sous forme d'une indemnité pécuniaire, peu importe : elle est exécutée, il a le droit de garder la chose reçue.

Mais cela ne veut pas dire que la révocation ne puisse pas être accompagnée de dommages-intérêts. Je ne parle pas, bien entendu, de ceux qui peuvent représenter un préjudice étranger à l'inexécution de l'obligation, comme par exemple les dégradations faites à l'immeuble restitué : toutes les fois qu'un droit de propriété est résolu, il y a un règlement de comptes souvent compliqué entre les deux possesseurs, et paiement d'indemnités représentatives de détériorations faites par l'ancien, ou d'améliorations qui profitent au nouveau. Je veux parler de dommages-intérêts dus en raison de l'inexécution de l'obligation. C'est qu'en effet le débiteur ne donne pas toute satisfaction au créancier par la restitution ; le créancier qui rentre en possession cesse d'être en perte, mais il avait fait l'acte résolu en vue d'un certain intérêt, et il a manqué son but : il a droit de ce chef à une réparation, si l'inexécution provient du fait ou de la faute du débiteur.

Ces principes s'appliquent en matière de fondation. Le fondateur pourra réclamer des dommages-intérêts à la personne morale en même temps qu'il poursuivra contre elle la révocation de la disposition de biens qu'il a consentie. C'est là, ai-je dit, la principale utilité qu'il retire du titre de créancier ; en fait il ne l'invoquera jamais pour

demander des dommages-intérêts comme réparation intégrale du préjudice que lui cause l'inexécution : il n'en demandera qu'à titre accessoire et complémentaire.

C'est ainsi qu'ont agi tous les fondateurs qui, dans ces dernières années, ont attaqué les communes donataires ou légataires d'écoles confessionnelles laïcisées par arrêté préfectoral, sur le vœu du conseil municipal. En pareil cas il y a faute de la commune qui s'était engagée à entretenir une école confessionnelle, et qui, si elle ne produit pas elle-même le fait, savoir l'arrêté préfectoral, qui rend l'exécution de cette obligation impossible, le provoque du moins et par conséquent ne peut plus le présenter comme un fait du prince qui entraînerait sa libération (1). Elle est donc tenue, en même temps qu'à la restitution des biens demeurés sans cause entre ses mains parce que la charge imposée ne peut plus recevoir exécution (2), à payer des dommages-intérêts, parce que c'est par son fait que l'exécution est devenue impossible.

Cette solution est irréprochable quand on part du principe que la commune était débitrice d'une obligation de faire. Elle devient inadmissible si on reconnaît avec moi que le fait en question ne peut pas être l'objet d'une obligation. Dès lors plus de faute de la part de la commune à provoquer un arrêté de laïcisation :

1. Même solution sous le régime de la loi du 3 octobre 1886, pour la commune qui hâterait par un vœu l'arrêté de laïcisation qui doit être pris dans un délai de 5 ans.

2. On se rappelle que, à mon sens, il n'est pas nécessaire que l'inexécution provienne du fait de la commune pour donner lieu à l'action révocatoire.



on a voulu faire intervenir ici l'article 1382 ; il est clair qu'il n'a rien à y faire. Car l'article 1382, quand il parle du fait quelconque de l'homme, n'entend point viser ceux qui ne sont que l'exercice d'un droit ; tel est le fait de la commune qui émet un vœu en faveur de la laïcisation : si ce fait légitime est considéré comme une faute par ceux qui tiennent la commune pour débitrice d'une obligation envers le fondateur, c'est qu'un acte valable et régulier au point de vue administratif peut produire des conséquences civiles contre son auteur ; il n'y a à cela nulle contradiction. Mais, une fois l'idée d'obligation écartée, nous restons en présence d'un acte qui est l'exercice d'un droit incontestable et qui ne saurait donner lieu à l'application de l'article 1382.

Les cours d'appel (1) ont admis l'obligation de la commune et en ont tiré le principe de la reconnaissance, au profit du fondateur, de dommages-intérêts. La cour de Cassation (2), au contraire, a déclaré que la commune n'avait pas pu valablement s'engager à garder à l'école un caractère confessionnel, et, tout en admettant l'exercice de l'action révocatoire, a refusé aux fondateurs toute réparation pécuniaire. Telle est, je crois, la solution la plus exacte.

1 Aix, 25 février 1880, Sirey 1882, II, 97. Nîmes 11 juillet 1881, Sirey 1882, II, 101.

2. Cas. 19 mars 1884, Sirey 1885, I, 55. 3 novembre 1886, Sirey 1887, I, 240.

---

## CHAPITRE II

### DROITS DES BÉNÉFICIAIRES DE LA FONDATION

A côté des droits du fondateur, y a-t-il place pour des droits qui appartiendraient, contre la personne morale, aux bénéficiaires de la fondation ? Non en général, parce que les bénéficiaires sont des personnes incertaines, et comme telles ne peuvent jouer aucun rôle juridique (1).

Mais il se peut que ces personnes incertaines aient un représentant légal, apte à recevoir et à exercer des droits : ainsi les pauvres d'une commune sont représentés par cette commune. Et si ce représentant légal n'est pas précisément l'établissement chargé de la fondation, il acquiert contre la personne morale qui en est chargée un droit de créance tendant à l'exécution de l'obligation, assumée par celle-ci, d'affecter les biens à la distinction prescrite. Par exemple si une somme de 10000 francs a été léguée à l'hospice de la ville de X..., à charge de recevoir à perpétuité deux malades de la commune de Z..., cette commune aura action contre l'hospice pour le contraindre à l'exécution de la charge (2).

Ce droit de créance ne peut pas s'exercer concurremment avec celui qui appartient au fondateur. Celui-ci n'a plus alors que l'action révocatoire. Il s'opère ainsi un dé-

1. Dalloz. J. G. *Secours publics*, 375.

2. Dalloz, 1854, II, 187—1855, I, 297.

part des deux droits nés de la fondation : le droit de sanction directe va au bénéficiaire de la fondation, la sanction indirecte qui résulte de l'action en résolution reste aux mains de l'auteur.

En fait, quand le fondateur est mort et que l'action appartient à ses héritiers, ceux-ci se désintéressent de la question. C'est toujours le droit de créance des bénéficiaires qui est poursuivi en justice ; il aboutit à des dommages-intérêts. Il va de soi, qu'une fois l'obligation ainsi exécutée sous forme de dommages-intérêts, l'action révocatoire ne peut plus être intentée.

L'obligation de la personne morale chargée de la fondation n'a pas plus d'étendue quand l'exécution en est poursuivie par les bénéficiaires que lorsqu'elle l'est par le fondateur lui-même ou ses héritiers. Elle se borne à l'engagement de faire emploi des revenus du capital donné, sans que la personne morale soit tenue de parfaire la somme nécessaire, quand les revenus sont insuffisants pour que la volonté du fondateur soit intégralement exécutée.

Je n'insiste pas davantage sur tous ces points, qui ne donnent lieu à aucune difficulté sérieuse.

---

## CHAPITRE III

### APPENDICE SUR LA NATURE JURIDIQUE DE LA FONDATION

Tous les développements donnés à propos des droits qui naissent de la fondation appellent, comme conclusion nécessaire, la question suivante : quel est le caractère juridique de la fondation ? On la traite d'ordinaire comme une libéralité avec charge, et tel est en effet l'aspect sous lequel je l'ai constamment envisagée. Ne pourrait-on pas y voir un acte à titre onéreux ? L'acte à titre onéreux est caractérisé par la volonté, chez celui qui s'oblige, d'acquiescer un équivalent juridique en retour de son obligation ; or j'ai considéré la personne morale comme obligée à accomplir les charges qui sont pour le fondateur la contrepartie de la disposition des biens qu'il consent : il y a donc à cette disposition un équivalent juridique. L'idée qu'il y avait là un acte à titre onéreux a été mise en avant ; je l'ai pour ma part rencontrée à deux reprises : énoncée par M. Gaudry (1) au point de vue de ses conséquences sur la forme de l'acte, qui, fait entre-vifs, n'aurait pas besoin de revêtir les apparences de la donation et de s'assujétir aux règles sévères qui la régissent ; par M. Bar-

1. Gaudry, *Traité de la législation des cultes*.

tin (1) au point de vue de ses conséquences sur la transformation de la condition illicite en cause, ce qui amènerait la substitution de l'article 1131 à l'article 900.

Avant d'aborder l'examen de la théorie il faut en montrer les conséquences.

Tout d'abord l'acte de fondation ne serait pas nécessairement un acte notarié, passé suivant les formes indiquées par les articles 931-952 du Code civil ; ce pourrait être un acte sous seing privé.

Au point de vue fiscal, il y aurait aussi un intérêt considérable à admettre la notion d'acte à titre onéreux : pour ces sortes d'actes, les impôts de mutation sont de taux moins élevé que les actes à titre gratuit.

Il n'y aurait plus à se préoccuper de l'article 900 et à chercher dans des interprétations diverses du sens et de la portée qu'on doit lui donner le moyen d'échapper aux conséquences peu équitables qu'il comporte. L'article 900 n'a pas été fait pour les actes à titre onéreux ; la condition illicite entraînerait la nullité de la disposition ; et cela ne serait pas vrai seulement de la condition principale, essentielle, qui est la cause même de la fondation, cela le serait de toutes les conditions et charges opposées à l'acte, même de celles qui sont de très mince importance, car à côté de l'article 1131 qui attache la nullité de l'acte au caractère illicite de la cause, il y a l'article 1172 qui déclare non valable toute convention à laquelle est jointe une condition impossible, contraire aux lois ou aux mœurs.

Enfin, et c'est de tous les résultats qui découlent de l'idée d'acte à titre onéreux, celui qui est le moins fait

1. Bartin, *op. cit.* Page 371.

pour en rendre l'adoption facile, les articles 910 et 937 n'auraient plus d'application aux fondations, qui auraient cessé d'être des libéralités. Cette solution bouleverse tellement toutes les notions reçues et se heurte si manifestement à l'esprit de notre droit, elle est si peu en harmonie avec les règles légales qui déterminent le régime de nos divers établissements publics, que la nécessité où l'on est de l'admettre dès qu'on part de l'idée d'acte à titre onéreux suffisait presque à faire rejeter cette idée. Car je ne sais pas le moyen, étant donné le principe, d'écarter la conséquence : les articles 910 et 937 ne sont faits que pour les libéralités, non point pour les actes à titre onéreux.

Telles sont les conséquences ; peut-on adopter la théorie ? On pourrait songer à formuler une objection tirée de ce que le disposant n'a pas d'intérêt à l'exécution des conditions prescrites par lui. Elles répondent soit à ses opinions personnelles, s'il s'agit de la fondation d'une école confessionnelle, et au désir qu'il a de maintenir et de propager l'influence de ses doctrines et de ses croyances, soit aux sentiments de pitié, d'affection, de compassion qui l'animent envers certaines catégories de personnes, s'il s'agit de fondations charitables, soit enfin à tout autre intérêt moral qui a pu le décider à disposer de ses biens ; elles ne répondent pas à un intérêt privé, pécuniaire, matériel. La fondation est donc toujours une libéralité.

L'objection ainsi formulée ne tendrait pas seulement à dénier à la fondation le caractère d'acte à titre onéreux : elle n'aboutirait à rien moins qu'à méconnaître la possibilité juridique d'un droit de créance et d'une action sur le seul fondement d'un intérêt moral et d'affection. La



fondation ne serait jamais un acte à titre onéreux parce que le fondateur ne pourrait pas être créancier de l'exécution des charges prescrites : il n'y aurait qu'une disposition conditionnelle, qui serait résolue en cas d'inaccomplissement des charges, il n'y aurait pas de disposition modale, imposant à la personne morale une obligation. Ainsi seraient reconnus inexacts tous les développements que j'ai donnés sur le droit qu'aurait le fondateur de poursuivre la personne morale en exécution des charges et de réclamer, en cas d'inexécution par sa faute ou son fait, des dommages-intérêts.

Puisqu'il en est ainsi, peut-être aurais-je mieux fait de prévoir l'objection au début de ces développements ; j'ai préféré la rejeter à la fin pour ne point alourdir la marche de l'exposition. Je crois qu'une réponse décisive y a été faite par M. Bartin (1).

Une obligation peut naître qui ne corresponde chez le créancier qu'à un pur intérêt d'affection. Déjà en droit romain le juge d'une action de bonne foi devait tenir compte, pour s'y prononcer, d'un intérêt de cette sorte (loi 54, Dig., XVII, 1) : aujourd'hui tous les contrats sont de bonne foi. Dans le droit moderne il y a un principe bien plus large encore, tiré par généralisation de l'article 1121 : chaque qu'une fois personne s'impose vis-à-vis d'une autre une aliénation ou une obligation, à condition que celle-ci accomplisse une prestation ou un fait en faveur d'un tiers, il naît à son profit une obligation dont elle peut poursuivre l'exécution en justice, bien qu'elle n'ait aucun

1. *Op. cit.*, pages 375-76 en note.

intérêt personnel à cette exécution (1). On peut citer comme exemple l'assurance sur la vie contractée par un oncle au profit et sur la tête de ses neveux ; dans un autre ordre d'idées, le contrat passé entre un instituteur et une personne qui a recueilli, je le suppose, des enfants abandonnés, pour l'éducation de ces enfants envers lesquels elle n'est tenue à rien, fait certainement naître à la charge de l'instituteur une obligation dont cette personne est créancière : on voit-on cependant qu'elle ait à l'exécution du contrat un intérêt personnel appréciable en argent ?

Laissons donc de côté l'exigence non justifiée d'un intérêt personnel chez le créancier, qui serait le fondement indispensable de toute obligation. Le fondateur peut être créancier de l'exécution des charges, bien que ces charges ne répondent qu'à un pur intérêt d'affection pour certaines doctrines ou certaines catégories de personnes. Il naît donc de la fondation des obligations réciproques. Ce n'est pas de ce côté qu'est le point faible de la théorie de l'acte onéreux.

Voici, je crois, où on peut le trouver. Pour qu'il y ait acte à titre onéreux, il ne suffit pas qu'il y ait des obligations ou prestations réciproques ; il faut encore qu'il y ait réciprocité dans la valeur, la qualité, l'étendue de ces obligations ou prestations ; il faut que les engagements mutuels se compensent, soient sensiblement équivalents : sinon l'une des parties reçoit plus qu'elle ne donne, l'équi-

1. Demolombe, XXIV, n° 247, p. 233. — Aubry et Rau, § 353 ter note 17, IV, 309.

libre est rompu, il n'y a plus acte à titre onéreux, il y a un acte libéral.

Eh ! bien ! cette équivalence nécessaire ne se rencontre pas dans la fondation. La personne morale reçoit plus qu'elle ne donne : l'obligation qu'elle assume n'est pas de valeur ou d'étendue égale à celle qui est exécutée à son profit. On pourrait avoir la pensée, — j'ai entendu formuler cette manière de comprendre les choses, — de considérer l'exécution des conditions comme un service rendu par l'établissement chargé de la fondation, service dont le capital donné constituerait la rémunération, le prix, le salaire ; la fondation deviendrait ainsi une sorte de louage de services. Ce point de vue est manifestement inexact : il ne peut pas être question de services rendus par la personne morale, c'est là une véritable illusion d'optique, causée par cette qualification de « personne » qui est la source de tant d'erreurs. Il y aura certes des louages de services, des mandats salariés ou gratuits en exécution de la fondation : qu'il s'agisse d'une école, d'un hospice, d'une maison de retraite, il y aura des administrateurs, des surveillants, des agents de toute sorte qui devront gérer, inspecter, travailler pour remplir les intentions du fondateur. Mais ce sont là des conventions, des mandats, des actes juridiques tout à fait distincts et indépendants de l'acte de fondation. La personne morale n'agit pas, n'administre pas, ne rend pas de services : c'est un patrimoine animé d'une existence propre, un budget autonome : toute obligation à sa charge n'est jamais qu'une obligation de somme d'argent, ne consiste qu'en une dette pécuniaire à poursuivre sur le patrimoine. Tous les actes juri-

diques qui la concernent se ramènent à des entrées ou des sorties de valeurs qui accroissent ou diminuent la masse de biens, la somme de droits dont elle est titulaire (1 et 2).

S'il en est ainsi, on ne pourra dans l'hypothèse de fondation parler d'acte à titre onéreux que si du patrimoine de la personne morale sort une valeur sensiblement équivalente à celle qui y entre par le fait du fondateur. Or, il n'y a rien de semblable. Ce sont bien des ressources procurées par la personne morale qui seront employées à l'acquit de la fondation. Mais que sont ces ressources? Ce sont les revenus du capital donné; il est impossible de dire qu'une valeur équivalente à la valeur reçue sort du patrimoine de la personne morale; ce patrimoine n'éprouve, par suite de la fondation, aucune modification dans la composition qu'il a dans le moment où elle est faite.

Ce qui est vrai, c'est que le bien donné est immobilisé, que la personne morale devenue propriétaire n'en peut pas user et faire emploi à sa guise, que tout l'émolument

1. J'ai parlé, il est vrai, d'obligation de faire à la charge de la personne morale; mais je n'ai employé l'expression que par opposition à l'obligation de *dare*, qui implique le transfert de propriété à une personne déterminée, et qui n'était point du tout l'expression de ce qui est imposé à la personne morale.

2. En admettant même que la personne morale puisse être considérée comme rendant un service, la translation de biens consentie à son profit pour la fondation ne pourrait certainement pas être considérée comme la rémunération de ce service: ce n'est qu'un capital destiné à fournir les ressources qui couvriront les impenses faites par la personne morale. Donc, à quelque point de vue qu'on se place, la notion du louage de services est inexacte.

de la libéralité est absorbé par l'affectation précise qu'a imposée le fondateur, que c'est là un acte à titre gratuit qui n'a de la donation que le nom et qui en réalité est un acte *sui generis* ne rentrant pas dans les cadres légaux où sont enfermés les actes ordinaires de la vie juridique. Mais à coup sûr ce n'est pas un acte à titre onéreux. Convention synallagmatique, opération commutative, mais rien de plus (1).

Dût-on malgré cela considérer la fondation comme un acte à titre onéreux, une remarque importante est à faire. La fondation par acte testamentaire ne pourra jamais être dite à titre onéreux : la nature même du testament exclut la notion d'acte à titre onéreux : une disposition testamentaire de ce genre, dit très bien M. Eartin, se résumerait en une offre de contracter que le testateur adresserait à son prétendu légataire : ce qui est bien en matière de fondation l'expression de la réalité et l'intention vraie du fondateur, mais ce qui, au point de vue juridique, est un non sens, toute offre s'évanouissant par le décès de son auteur, et tout contrat étant essentiellement un acte entre-vifs. Il y aurait ainsi, par la force même de principes incontestables, une différence en droit qui ne serait justifiée par aucune différence en fait ni dans l'intention créatrice de l'acte, entre la fondation par

1. Il n'y aurait qu'un cas où la fondation pourrait revêtir le caractère d'acte à titre onéreux ; c'est si l'opération avait un caractère aléatoire, la personne morale recevant un bien dont la valeur réelle est indéterminée, une créance sur un insolvable par exemple, et s'engageant néanmoins à faire emploi d'une somme fixe. Mais ce n'est nullement pratique.

testament et la fondation entre-vifs. Et cette conséquence n'est point de nature à recommander la doctrine que j'ai tenté de combattre.

Il s'est produit sur la nature juridique de la fondation une autre doctrine que je ne puis pas davantage admettre, mais qu'il est impossible de passer sous silence (1). La fondation est un acte juridique *sui generis* : la personne morale est un intermédiaire nécessaire ; ce n'est pas à elle, mais à l'œuvre fondée que s'adresse l'intention libérale du disposant. La différence qui sépare les fondations des donations ordinaires faites entre particuliers, c'est que dans ces dernières l'intention libérale s'adresse toujours au donataire, tandis que dans les fondations celui qui se présente comme le donataire n'en a que les apparences : les vrais donataires sont les personnes humaines bénéficiaires de la fondation. La conclusion est que la fondation est un acte libéral sans être une donation, et que l'article 900 ne saurait lui être applicable.

Il y a dans cette théorie une analyse extrêmement juste de ce qu'est dans la réalité des faits la fondation. Je m'en suis d'ailleurs inspiré dans tout le cours de cette étude : j'en ai tiré des conclusions importantes au point de vue de l'application à notre matière de la notion de cause, et atténué ainsi dans une assez large mesure la portée de l'article 900, que le but de la théorie proposée semble être d'écarter. Mais il me semble impossible d'aller plus loin.

1. Elle a été formulée par M. Viollet dans un mémoire demeuré inédit et combattue par M. Martin dont je ne fais guère que reproduire ici l'argumentation — *op. citat* p. 377 en note.



Nous sommes en présence d'un acte juridique contenant une disposition de biens : cette disposition de biens n'est pas faite à titre onéreux, je crois l'avoir montré : donc elle est à titre gratuit. Une disposition de biens faite à titre gratuit peut-elle être considérée, au point de vue juridique, comme autre chose qu'une donation ? Je sais bien qu'il y a ce que le Code appelle des « contrats de bienfaisance » (1), qui ne sont pas des donations : mais alors ce ne sont pas des actes où il y ait dation, transfert de propriété à titre définitif : ce sont simplement des actes où il y a un service d'ami rendu par une personne à une autre, mandat, dépôt, prêt gratuit. Notre législation ne permet pas de concevoir des actes qui aient pour effet direct un transport de propriété, qui ne soient pas accomplis à titre onéreux et qui cependant ne soient pas qualifiés donations. Je sais bien aussi que les parties ne sont plus contraintes, comme en droit romain, d'enfermer leurs conceptions juridiques en des formes légales créées à l'avance et de nombre limité ; qu'à côté des contrats spécialement prévus et réglementés par la loi, il y a la série indéfinie et sans cesse renouvelée des conventions innommées, que crée la libre volonté des particuliers. Mais encore faut-il que ces conventions restent dans une des deux catégories d'actes, actes à titre onéreux et actes à titre gratuit, qui sont comme les cadres où la volonté privée peut se mouvoir en toute indépendance, mais dont elle ne peut pas sortir.

La personne morale, dit-on, n'est pas le véritable donataire ; en fait non, en droit elle l'est certainement.

1. Article 1105.

Car il est impossible de traiter comme donataires les personnes humaines bénéficiaires de la fondation, qui n'ont aucun droit individuel. Proclamer que la personne morale n'est qu'un intermédiaire nécessaire, c'est au point de vue juridique ne rien dire, à moins que cela ne signifie qu'elle est personne interposée : interprétation manifestement inacceptable, car alors toute fondation devient caduque.

Il est certain que la fondation est un acte d'une nature particulière, que le but et la volonté du fondateur y sont profondément distincts du but et de la volonté du donateur qui stipule un *modus*, comme le dit fort justement M. Martin. Seulement le fondateur ne peut traduire juridiquement les intentions que par le mécanisme de la donation avec charges. En réalité la fondation est un acte intermédiaire entre la donation et l'acte à titre onéreux, et il est à souhaiter que le législateur de l'avenir reconnaisse cette vérité. En droit, ce n'est qu'une donation avec charges portée, diraient les mathématiciens, à la suprême puissance.

Enfin la théorie qui fait de la fondation un acte *sui generis* aurait l'inconvénient grave, déjà signalé à propos de la théorie de l'acte onéreux, de créer une différence toute arbitraire entre la fondation par acte entre-vifs et la fondation testamentaire. Je n'en parle qu'au point de vue de l'article 900 : aussi bien c'est le seul auquel se soit placé l'auteur de la théorie. On peut, en traitant la fondation d'acte libéral qui n'est pas une donation, la soustraire à l'application de l'article 900 quand elle est faite entre-vifs ; il n'est pas possible d'y soustraire la

fondation testamentaire : le texte même de l'article y fait obstacle. Dans toute disposition testamentaire... dit cet article : or de quelque qualification juridique qu'on la décore, quelque analyse qu'on imagine des intentions du disposant, une fondation faite par testament sera toujours une disposition testamentaire, l'article 900 s'y appliquera donc. L'argument est brutal, mais irrésistible. Cette scission que la théorie proposée amènerait entre les deux modes de fondation n'est pas la moindre raison qui me détermine à la repousser.

---

## CONCLUSION

Je suis arrivé au terme de la route que je m'étais tracée, et cette trop imparfaite étude aura du moins servi à montrer combien sont graves et variés les problèmes que la féconde matière des fondations offre tout à la fois au jurisconsulte et au législateur.

C'est du législateur surtout que je voudrais qu'il me fût permis d'éveiller la sollicitude. Capacité et création des personnes civiles, droits des fondateurs sur l'œuvre qu'ils ont érigée ou dotée, théorie des conditions impossibles ou illicites, effets juridiques de l'acte de fondation, sur tous ces points, on souhaiterait avoir une législation claire, précise, ordonnée. Le programme est vaste, et la solution des questions posées touche à des intérêts de toute sorte, d'ordre moral, politique, religieux, juridique : à trop d'intérêts peut-être, car l'importance et la complexité des questions ont parfois un autre effet que de hâter l'intervention du législateur.

On a pu voir, au cours de cette étude, de quel esprit je désirerais que fût inspirée une législation nouvelle sur les fondations. Il la faudrait à mon avis très libérale, et moins hantée par les souvenirs d'un passé à jamais disparu que dirigée par un juste sentiment des besoins de l'heure présente. Aujourd'hui les abus de l'ancienne main-morte ne sont plus guère à craindre. En revanche une nécessité de jour en jour pressante apparaît : à côté de

l'Etat, dont les ressources proviennent de la contribution imposée aux citoyens, dont l'action est, quoi qu'on fasse, quelque peu mécanique, uniforme, sachant mal s'accommoder à l'infinie diversité des situations et des circonstances, il faut qu'il y ait place, et place très large, pour des œuvres instituées, dotées, entretenues, par la libre contribution des particuliers, et dont l'action garde quelque chose de la souplesse, de l'ingéniosité, de l'élan qui sont la marque et le caractère propre des initiatives individuelles.

Que si cet appel aux réformes paraît un peu hardi sous une plume aussi novice que celle qui écrit ces lignes, je ne serai pas embarrassé de trouver un puissant patronage. Qu'on relise les admirables pages consacrées par M. Taine à l'examen et à la réfutation des doctrines du Contrat social, devenues celles de notre Assemblée Constituante, sur le rôle de l'Etat ; qu'on se souvienne de quel ton et avec quelle autorité il parle de la légitimité, de la nécessité de ces grands corps propriétaires qui « affectés par fondation à un service public, et possédant sous la surveillance lointaine ou prochaine de l'Etat, la faculté de s'administrer eux-mêmes, sont des organes précieux et non des excroissances malades. » (*Révolution*, tome 1. p. 214).

Il étaient devenus trop puissants sous l'ancien régime, peut-être ne le sont-ils plus assez aujourd'hui. Ce sont là des vérités qu'il serait bon de proclamer sans cesse. Et je fais, en terminant, le vœu que des voix autorisées éveillent chez le législateur, pour un sujet si fécond en intérêts pratiques, une attention trop souvent absorbée par les luttes stériles de la politique pure.

# POSITIONS

---

## DROIT ROMAIN

### POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE.

- I. — Quand deux choses mobilières appartenant à des propriétaires différents sont réunies, sans le consentement des propriétaires, il n'y a pour un d'eux perte du droit de propriété qu'à deux conditions : *a.* que l'union soit indissoluble ; *b.* qu'il y ait une chose principale et une chose accessoire.
- II. — Pour les Sabinieniens comme pour les Proculieniens la chose périt par sa transformation, et la divergence des deux écoles porte sur l'attribution de la chose nouvelle.
- III. — La mauvaise foi du spécificateur ne l'empêche pas de devenir propriétaire de la *nova species*.
- IV. — Le possesseur qui de bonne foi a construit sur le terrain d'autrui n'a pas d'action pour obtenir une indemnité



POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE.

- I. — Les simples pactes donnent naissance à une obligation naturelle.
- II. — L'usucapion dans le droit de Justinien est susceptible d'interruption civile, et non pas seulement d'interruption par dépossession.
- III. — Il est plus exact de rattacher l'acquisition des fruits par l'usufruitier à l'occupation qu'à la tradition.
- IV. — Le *mutuum* se forme par la consommation des deniers faite de bonne foi par l'*accipiens*, lorsque le défaut de propriété chez le *tradens* en avait empêché à l'origine la formation.

DROIT FRANÇAIS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

- I. — Les établissements publics religieux ne peuvent pas recevoir des libéralités destinées aux pauvres.
- II. — Est valable la charge imposée à un légataire de transmettre des biens à une personne morale qui n'existait pas au jour du décès du testateur : cette charge ne fait naître au profit de la personne morale aucun droit d'action.
- III. — L'article 900 est impératif, mais il ne s'applique pas à la prétendue condition qui est en réalité la cause juridique de la disposition.
- IV. — Il peut y avoir une cause illicite dans les dispositions à titre gratuit.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

DROIT CIVIL

- I. — L'article 1419 du Code civil n'apporte aucune exception à la règle « *qui auctor est se non obligat.* »
- II. — La nullité du contrat de mariage du mineur, fait en violation de l'article 1398, est une nullité relative.
- III. — Les servitudes continues et apparentes ne s'acquièrent que par la prescription trentenaire.
- IV. — L'action paulienne exercée par un seul des créanciers ne profite pas aux autres.

MATIÈRES DIVERSES

DROIT ADMINISTRATIF

Quand une personne civile cesse d'exister, ses biens sont en principe dévolus à l'État.

PROCÉDURE

Le ministère public a le droit d'agir d'office en rectification des actes de l'état civil dans tous les cas qui intéressent l'ordre public.

## DROIT COMMERCIAL

L'achat d'immeubles pour les revendre constitue un acte de commerce.

## DROIT INTERNATIONAL

Le tribunal chargé d'imprimer aux jugements rendus par les tribunaux étrangers la force exécutoire en France a le droit d'entrer dans un nouvel examen de l'affaire.

---

Vu par le Président de la thèse,  
C. BUFNOIR.

Vu par le Doyen,  
COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer,  
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,  
GRÉARD.

## TABLE DES MATIÈRES

### DROIT ROMAIN

|                                                                                                                                               |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| INTRODUCTION ET PLAN. . . . .                                                                                                                 | 5  |
| PREMIÈRE PARTIE. — DES CAS OÙ IL Y A PERTE DE LA CHOSE                                                                                        | 7  |
| <i>Section I</i> — Classement des hypothèses de perte de la chose                                                                             | 7  |
| <i>Section II</i> — Détermination des cas où le changement dans<br>l'état matériel de la chose constitue la perte de cette<br>chose . . . . . | 9  |
| <i>Section III</i> — Appendice. . . . .                                                                                                       | 35 |

### DEUXIÈME PARTIE

|                                                                                                             |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| DE LA PROTECTION LÉGALE OFFERTE AUX TITULAIRES DES DROITS<br>RÉELS EN CAS DE PERTE DE LA CHOSE. . . . .     | 43 |
| <i>Section I.</i> — Délimitation du sujet. . . . .                                                          | 43 |
| <i>Section II.</i> — Aperçu des actions concédées dans les<br>différents cas de perte de la chose . . . . . | 46 |
| CONCLUSION . . . . .                                                                                        | 68 |

### DROIT FRANÇAIS

|                                                                                                     |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| INTRODUCTION. . . . .                                                                               | 69  |
| I <sup>o</sup> Plan général du sujet . . . . .                                                      | 69  |
| II <sup>o</sup> Aperçu historique. . . . .                                                          | 72  |
| <i>Section I.</i> — Coup d'œil sur l'ancien droit. . . . .                                          | 72  |
| <i>Section II.</i> — Droit intermédiaire. . . . .                                                   | 87  |
| PREMIÈRE PARTIE. — DU MODE D'ÉTABLISSEMENT DES<br>FONDACTIONS . . . . .                             | 95  |
| CHAPITRE I. — Des fondations qui ne tendent pas à la<br>création d'une personne juridique . . . . . | 95  |
| <i>Section I.</i> — Principe de la capacité des personnes<br>juridiques . . . . .                   | 96  |
| <i>Section II.</i> — De quelques applications du principe. . . . .                                  | 102 |
| 1 <sup>o</sup> Aux fondations de bienfaisance. . . . .                                              | 102 |
| 2 <sup>o</sup> Aux fondations d'instruction. . . . .                                                | 113 |
| 3 <sup>o</sup> Appendice. . . . .                                                                   | 121 |

|                                                                                                                                                                    |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Section III.</i> — De l'attribution des biens des fondations adressées à des établissements incapables. . .                                                     | 126 |
| <i>Section IV.</i> — Des cas où l'établissement donataire ou légataire n'a pas au moment de la donation, ou du décès du testateur, la personnalité juridique . . . | 138 |
| CHAPITRE II. — Des fondations qui tendent à la création d'une personne juridique . . . . .                                                                         | 147 |
| <i>Section I.</i> — Ce mode de fondation n'est pas à la disposition des particuliers . . . . .                                                                     | 147 |
| 1 <sup>o</sup> Exposition et conséquence du principe . . . . .                                                                                                     | 147 |
| 2 <sup>o</sup> Examen des principales critiques dirigées contre notre législation. . . . .                                                                         | 192 |
| <i>Section II.</i> — De l'attribution des biens affectés à une fondation que le testateur voulait constituer en entité juridique . . . . .                         | 196 |

## DEUXIÈME PARTIE

|                                                                                                                                   |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| DE L'APPLICATION AUX FONDATIONS DE LA THÉORIE DES CONDITIONS IMPOSSIBLES ET CONTRAIRES AUX LOIS . . . . .                         | 205 |
| CHAPITRE I. — Examen des principales hypothèses où se rencontrent en matière de fondation des conditions decette nature . . . . . | 207 |
| <i>Section I.</i> — Dans les fondations de bienfaisance. . .                                                                      | 210 |
| <i>Section II.</i> — Dans les fondations d'instruction. . .                                                                       | 223 |
| <i>Section III.</i> — Dans les fondations pieuses . . . . .                                                                       | 239 |
| CHAPITRE II. — Différentes interprétations de l'article 900 dans leurs rapports avec les fondations. . . . .                      | 240 |
| <i>Section I.</i> — L'article 900 considéré comme interprétatif de volonté . . . . .                                              | 240 |
| <i>Section II.</i> — Système de la jurisprudence . . . . .                                                                        | 243 |
| <i>Section III.</i> — L'article 900 considéré comme absolument impératif. . . . .                                                 | 259 |

## TROISIÈME PARTIE

|                                                                                                              |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| DES DROITS QUI NAISSENT DE LA FONDATION . . . . .                                                            | 292 |
| CHAPITRE I. — Droit du fondateur et de ses héritiers. . . .                                                  | 293 |
| <i>Section I.</i> — Action directe tendant à l'exécution de l'obligation assumée par la personne morale. . . | 294 |

|                                                                                |     |
|--------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Section II.</i> — Droit de révocation pour inexécution des charges. . . . . | 304 |
| <i>Section III.</i> — Combinaison des deux droits. . . . .                     | 321 |
| CHAPITRE II. — Droits des bénéficiaires de la fondation. . .                   | 325 |
| CHAPITRE III. — Appendice sur la nature juridique de la fondation. . . . .     | 327 |
| Conclusion. . . . .                                                            | 339 |
| Positions. . . . .                                                             | 341 |









---

Imp. des Écoles, HENRI JOUVE, 23, rue Racine, PARIS

---